

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
DIREITO

BRUNO FELIPE LUZ DE SOUZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA ANÁLISE DAS CONDUTAS  
OMISSIVAS DE SEUS AGENTES**

SANTA RITA/PB

2019

BRUNO FELIPE LUZ DE SOUZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA ANÁLISE DAS CONDUTAS  
OMISSIVAS DE SEUS AGENTES**

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito)  
apresentado à Universidade Federal da  
Paraíba (UFPB) como requisito final para  
obtenção do título de bacharel em Direito.

**Orientador:** Professor Mestre **Alex  
Taveira dos Santos.**

SANTA RITA/PB

2019

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

S729r Souza, Bruno Felipe Luz de.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA ANÁLISE DAS  
CONDUTAS OMISSIVAS DE SEUS AGENTES / Bruno Felipe Luz  
de Souza. - Santa Rita, 2019.  
70f.

Orientação: Prof Dr Alex Taveira Santos.  
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. Direito Administrativo. Omissão Estatal. I. Santos,  
Prof Dr Alex Taveira. II. Título.

UFPB/CCJ

BRUNO FELIPE LUZ DE SOUZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA ANÁLISE DAS CONDUTAS  
OMISSIVAS DE SEUS AGENTES**

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito)  
apresentado à Universidade Federal da  
Paraíba (UFPB) como requisito final para  
obtenção do título de bacharel em direito.

**Aprovado em:** 30 de abril de 2019.

**Nota:** 10

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Alex Taveira dos Santos

Orientador

---

Prof. Dr. Waldemar Aranha

Membro

---

Prof. Dr. Valfredo de Andrade

Membro

Dedico este trabalho ao meu pai, mãe e irmãos, bem como a todos que direta ou indiretamente contribuíram para tanto, são pessoas que indiscutivelmente se destacam pela sua singularidade, admiráveis como pessoa, são estímulos que me impulsionam a buscar uma vida nova a cada dia, meus agradecimentos a todos, inclusive aos amigos, por terem aceito se privarem da minha companhia pelos estudos, concedendo a mim a oportunidade de me realizar ainda mais.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço, em primeiro lugar, a meus pais, senhor Klistenes Souza e senhora Ana Souza por acreditarem em mim e incentivar minhas escolhas, apoiando-me e esforçando-se junto a mim.

Ao meu orientador Alex Taveira, pela dedicação não só a essa orientação prestada, mas por ser um professor que eu e inúmeros alunos têm como referência, tanto na forma clara como expressa seus conteúdos, quanto na pessoa que o mesmo representa.

Agradeço ainda à minha namorada, por ser a pessoa na qual papai do céu depositou a sabedoria para conduzir nosso relacionamento, além de ser minha companheira nos projetos futuros da vida.

Por fim, agradeço à Universidade Federal da Paraíba, bem como a cada um dos professores, pela excelência em ensino de seus docentes, possibilitando-me desenvolver competências inimagináveis.

Nesse balcão da vida, abandonar sonhos poupa-nos de sacrifícios, não de frustrações. Projetos foram feitos para morrer como realidade, não como papel em gaveta qualquer. Assim, entre a palavra e o cumprimento da palavra, Deus testa sua fé. Entre o sonho e a realização do sonho, a história testa sua perseverança. Entre o que você é e o que você será, a sociedade testa sua paciência. Portanto, tenhamos fé, perseverança e paciência. O tempo há de premiar quem as têm.

(Samer Agi)

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre o instituto da responsabilidade civil do estado, em especial, faz uma análise acerca das condutas omissivas de seus agentes. O objetivo dessa pesquisa é apresentar ao leitor quais as doutrinas e jurisprudências mais dominantes, mais aceitas e aplicadas nas diversas situações em que o Estado, através de seus agentes, omite-se na prestação do serviço estatal. A ideia foi apresentar a temática através de um aprofundamento do tema, passando pelo instituto da responsabilidade civil, posteriormente pela responsabilidade civil do estado e finalizando na responsabilidade civil do estado diante das condutas omissivas de seus agentes. O método utilizado para esse trabalho é o da análise dogmática do tema, isto é, fora realizada uma revisão bibliográfica nas principais doutrinas do país, bem como nos tribunais superiores. A ideia era esclarecer o quesito de qual o papel e responsabilidade do estado, quando o mesmo, ao invés de realizar suas prestações, incorre em negligência, imperícia, imprudência, falta ou até mesmo uma má prestação dos serviços que lhes são devidos. Ao final, chega-se ao resultado das jurisprudências mais dominantes sobre a temática, isto é, conclui-se trazendo à baila qual o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça – entendimentos estes que, embora sejam distintos (que é uma das problemáticas expostas na pesquisa), são replicados por boa parte dos operadores do direito. Por fim, conclui-se que haverá atualmente duas posições no que diz respeito ao instituto da responsabilidade estatal nas condutas omissivas no Brasil. A primeira, doutrina clássica e Superior Tribunal de Justiça, que entende ser a responsabilidade um instituto subjetivo, teoria da culpa administrativa; e a segunda, presente no Supremo Tribunal Federal, que entende ser a mesma responsabilidade estatal um instituto objetivo, teoria do risco administrativo.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Omissão Estatal.



## **ABSTRACT**

This paper deals with the state's civil liability institute, in particular, makes an analysis about the omissive conduct of its agents. The purpose of this research is to present to the reader the most dominant doctrines and jurisprudence, most accepted and applied in the various situations in which the state, through its agents, omitted to provide the state service. The idea was to present the theme through a deepening of the theme, through the institute of civil responsibility, later by the civil responsibility of the state and ending in the civil liability of the state in the face of the omissive conduct of its agents. The method used for this work is the dogmatic analysis of the theme, that is, a bibliographical review was carried out in the main doctrines of the country, as well as in the higher courts. The idea was to clarify the question of the role and responsibility of the state, when it, instead of performing its benefits, incurs negligence, malpractice, recklessness, lack or even a poor performance of the services due to them. In the end, one arrives at the result of the most dominant jurisprudences on the subject, that is, it concludes by bringing to the fore the majority view of the Federal Supreme Court, as well as the Superior Court of Justice - understandings which, although they are distinct which is one of the problems exposed in the research) are replicated by a large number of legal operators. Finally, it is concluded that there will currently be two positions with regard to the institute of state responsibility in omissive conduct in Brazil. The first, classical doctrine and Superior Court of Justice, which considers responsibility to be a subjective institute, administrative guilt theory; and the second, present in the Federal Supreme Court, which considers that the same state responsibility is an objective institute, administrative risk theory.

**Keywords:** Administrative law. State Liability. State omission.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2. RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	14
2.1 NOÇÕES GERAIS	14
2.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.3 CONCEITUAÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	17
2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
2.5 DIVISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO À CULPA	23
2.6 DAS EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR	24
2.7 DAS EXCLUDENTES DO NEXO DE CAUSALIDADE	26
2.8 DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR	27
2.9 RELAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL	27
<b>3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</b>	29
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	29
3.2 EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	31
3.3 ANÁLISE DAS TEORIAS PUBLICISTAS	34
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO (EVOLUÇÃO)	37
3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	42
<b>3.5.1 Elementos da responsabilidade civil do estado</b>	43
<b>3.5.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva</b>	45
3.6 RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS E JUDICIAIS	46
3.7 REPARAÇÃO DO DANO	47
3.8 AÇÃO REGRESSIVA	50
<b>4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS DE SEUS AGENTES</b>	52
4.1 DISTINÇÃO ENTRE CONDOTA COMISSIVA E OMISSIVA	52
4.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS	53

4.3 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS .....	54
4.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS .....	58
4.4.1 No Supremo Tribunal Federal .....	58
4.4.2 No Superior Tribunal De Justiça .....	61
5. CONCLUSÃO .....	64
REFERÊNCIAS .....	68

## 1. INTRODUÇÃO

Percebe-se que a todo tempo surgem problemas no âmbito da responsabilidade civil do estado, afinal, este instituto abarca em sua estrutura o fator pessoas, leia-se: administrados, população, particulares. Ocorre que esses administrados, quando submetidos aos ditames da administração (Estado), por vezes estão submetidos a alguma espécie de dano – sobretudo quando interagem com os agentes públicos. Nessa ideia, quando ocorre esse desequilíbrio, o que se busca na responsabilidade civil estatal é a reparação do dano sofrido.

Observa-se que houve uma transformação na disciplina normativa desse instituto. A partir da análise da responsabilidade civil, que tem como base a culpa civilista, até a recente construção do risco administrativo, que desagua na responsabilidade objetiva. Nessa ideia, é possível perceber uma crescente construção no modelo de proteção conferido ao administrado frente ao estado, isto é, que aquele passou a ter formas mais eficazes de sucesso (em suas reparações) diante dos atos danosos por vezes praticados pela atividade estatal. Isso é observado, sobretudo, pelo importante fato da evolução do instituto (responsabilidade civil), ou seja, que atualmente é desnecessário a comprovação da culpa do agente público para a caracterização do direito de indenizar.

Sobre o tema responsabilidade civil do estado, percebe-se que nas condutas comissivas se tem uma discussão mais pacífica de como se dará a responsabilidade estatal, contudo, quando analisamos as condutas omissivas, tem-se uma discussão maior nas delimitações dos elementos que configurariam o dever do estado em ser responsável e, ato contínuo, indenizar.

Em relação ao objetivo genérico, pretende-se analisar como o instituto da responsabilidade civil opera em relação ao Estado - nas condutas em que este, através de seus agentes, realiza perante os particulares. Como objetivo específico, pretende-se afunilar ainda mais o tema, demonstrando a problemática que os juristas têm enfrentado diante das inúmeras correntes que surgiram sobre como se dará a responsabilidade estatal, no âmbito administrativo, nas condutas omissivas de seus agentes públicos – isto é, como os doutrinadores e tribunais superiores (STF e STJ)

entendem ser cabível a responsabilidade civil estatal nas condutas omissivas do estado.

Assim, em relação a esses fins, definiremos o que é responsabilidade, apresentaremos seu histórico, suas classificações, características, suas funções na esfera administrativa, penal, civil, bem como seus elementos essenciais e suas formas de isenção da responsabilidade.

Diante desse contexto, a importância desse trabalho se justifica pela divergência que ainda existe, tanto nos tribunais quanto nas doutrinas, no que diz respeito à qual seria o papel do estado diante das condutas omissivas de seus agentes. Dessa forma, para a elaboração desse estudo, foi utilizada a técnica da revisão bibliográfica analisando todos os elementos que compõe a responsabilidade civil do estado, abarcando doutrina e jurisprudência.

No que diz respeito ao primeiro capítulo, abordaremos o tema geral da responsabilidade civil, observando seus conceitos, sua evolução histórica, sua relação com a esfera penal e administrativa, as espécies de responsabilidades, seus elementos e suas causas excludentes.

Na sequência, o segundo capítulo tratará da mesma responsabilidade civil, só que no âmbito estatal, apresentado, da mesma forma que o capítulo anterior: como surgiu esse instituto, sua evolução histórica, a diferença entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva e as situações de exclusão da responsabilidade – só que no âmbito do estado.

Por fim, o terceiro capítulo ingressa no cerne central dessa pesquisa, chega-se, portanto, na finalidade do presente trabalho, diferenciando a conduta comissiva da omissiva, analisando os elementos que se relacionam com esta, e como os tribunais e doutrinadores vêm entendendo o papel que deve ter o estado diante das condutas omissivas de seus agentes. Dessa forma, ao final, teremos a síntese do trabalho desenvolvido bem como o diagnóstico sobre o papel que esse instituto tem em nosso estado.

Ademais, vale a pena destacar que a motivação que inspirou essa pesquisa é o fato de que o tema discutido é objeto de inúmeras ações em todo país, isto é, além de ser algo atual, a figura do estado é presente em nosso cotidiano e, diante dessa

dicotomia sobre como o mesmo deve ser responsabilizado, vale a pena para todos os operadores do direito, bem como o público em geral, compreenderem como devem buscar seus direitos quando, por vezes, forem alvos de alguma má prestação estatal.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 NOÇÕES GERAIS

Inicia-se o estudo do instituto da responsabilidade civil através da lei 10.406 de 2002, isto é, código civil. Nesse, mais precisamente em seu art. 186, estará estabelecido, em síntese, que aquele que causar dano, por ação ou omissão, imprudência, imperícia ou negligência, cometerá ato ilícito, surgindo, pois, o direito de reparação em favor de quem sofreu com o ato.

Explica Tartuce (2017, p. 327):

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil “aquiliana”.

Dessa forma, tem-se claro que a ideia do legislador nada mais é que restabelecer o equilíbrio entre as partes, em virtude de um fato danoso praticado. Isso é interessante, pois, o ser humano por sua natureza, através de suas diversas singularidades, promove inúmeras tarefas diferentes em sociedade, sendo, portanto, enorme o rol de danos que podemos causar uns aos outros, razão pela qual existe mais de um tipo de espécie de responsabilidade, a fim de atender aos mais diversos tipos de atividades danosas praticadas.

Além disso, é importante destacar que a obrigação é um tema de relevância, pois é dessa que surge o dever de restaurar o equilíbrio patrimonial e moral desfeito, leciona Gonçalves (2017, p. 14):

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a “obrigação” como “o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação”.

## 2.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicia-se destacando que a responsabilidade civil pela teoria clássica é fundamentada em três pressupostos: autor, dano e a culpa - que seria o liame entre os dois primeiros. Entretanto, nos primórdios, essa ideia de culpa não existia, isto é, o dano provocava a ideia imediata de vingança privada por parte do ofendido (Lei de Talião) – nos tempos passados, portanto, ainda não operava o império do Direito, era a reparação do dano pelo dano. Em que pese haver Poder Público à época, o mesmo apenas se revelava informando quando e como a vítima poderia reproduzir sua vingança. Portanto, como outros institutos jurídicos, preliminarmente se percebe que a responsabilidade civil é um instituto que varia conforme o tempo e espaço em que é estudado.

Conforme Gonçalves (2017, p.18):

A vingança privada é a forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

Após esse período, e já caminhando para um estágio mais avançado, as leis passam a vedar a justiça pelas próprias mãos, razão pela qual a composição econômica passa a ser obrigatória, tem-se, portanto, a época da Lei das XII Tábuas e do Código de Manu. Em conjunto, essas normas passam a ditar os valores que os ofensores pagariam para os ofendidos, é o que leciona Wilson Melo da Silva (1962, p.40):

É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho. É a época do Código de “UrNammu”, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.

Essa diferenciação surgiu, sobretudo, porque o Estado começa a separar o que é pena (público) do que é reparação (privado), isto é, o direito de punir passa a ficar apenas nas mãos do estado, fomentando para o particular o direito da ação de indenização. É interessante observar a mudança de perspectiva, pois melhor do que cobrar em forma de retaliação (que não repara dano algum) é tentar obter do ofensor alguma resposta na ceara econômica.

Conforme Diniz (2009, p.11):



Depois desse período há o da composição, ante a observância do ato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: a da vítima e o de seu ofensor, depois de punido.

Na sequência, vem a lei “Aquiliana de Damano”, importante instituto no qual o elemento “culpa” começa a surgir na ideia de responsabilidade, fomentando ainda mais a ideia de reparação do dano através da pecúnia. Já nessa época, o poder público passa a ser mais ativo, sobretudo porque intervia no conflito fixando valores para os danos sofridos. Segundo Gonçalves (2017, p.19): não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria Lex Aquilia.

Contribuindo ainda mais com essas ideias do direito romano, vem o direito francês e estabelece princípios gerais de responsabilidade. Nesse contexto, uma das contribuições se deu pelo fato de que o direito à reparação quando há culpa, passa a ser separado do direito penal, ou seja, separa-se, portanto, a responsabilidade civil que é devida à vítima, da responsabilidade penal que tem a ver com o Estado. É o que leciona Gonçalves (2017, pág. 20): A noção da culpa “in abstracto” e a distinção entre “culpa delitual” e “culpa contratual” foram inseridas no Código Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1.383.

Nessa ideia, ingressando agora em nossos ordenamentos, vem uma determinação na Constituição do Império (1830) transformando o código criminal em código civil e criminal, inserindo naquele as ideias de reparação, indenização, juros com efeitos reparatórios e, inclusive, a transmissibilidade do dever de reparar. Nesse contexto, posteriormente, com o grande progresso do desenvolvimento industrial que o país passou, foi natural que a questão das condutas danosas e suas reparações fossem aumentando. Dessa forma, o código civil de 1916 também tratou da responsabilidade civil, o mesmo tomou como base a teoria da culpa ou dolo no que diz respeito à responsabilidade. Contudo, observa-se que outras teorias também foram surgindo sobre o mesmo instituto, pois ficava claro que apenas essa teoria não era suficiente para abarcar toda a problemática da época, o que fez com que a teoria do risco (nos últimos tempos) fosse ganhando mais espaço – mas não de forma a substituir a teoria anterior (teoria da culpa), mas sim com o intuito de complementá-la.

É o que leciona Gonçalves (2017, p. 21):

A responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente do trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio.

Por fim, dando seguimento ao código de 1916 e observando as novas diretrizes traçadas na Constituição Federal de 1988, bem como do código de defesa do consumidor de 1990, vem o Código Civil de 2002, complementando as ideias do passado, fazendo com que o instituto da responsabilidade evoluísse. A principal característica desse novo cenário é que enquanto o código civil passado tinha uma característica subjetiva (observando o fator da culpa como a fonte geradora da reparação), o novo código traz a ideia da responsabilidade objetiva, isto é, que aquele que por ação ou omissão viole direito de outrem (ainda que sem querer), cometerá ato ilícito e, assim, nascerá a obrigação de indenizar.

É o que dispõe o art. 927 (Código Civil, 2002):

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Diante desse breve histórico, portanto, conclui-se que o tema da responsabilidade civil passou por diversas acepções sempre buscando ajustar o entendimento da norma com a situação atual de cada época, mas a ideia, embora tenha passado por diversas formas de interpretação, aparenta ser uma só em toda essa trajetória: a de que o instituto da responsabilidade civil serviu e serve para tentar harmonizar, trazer de volta ou restaurar a paz social através reparação, isto é, que os atos danosos injustos praticados por um agente “A” em detrimento de um agente “B”, sejam de alguma forma reparados, a fim de que se consagre uma espécie de “justiça social”.

## 2.3 CONCEITUAÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em síntese, nota-se que o instituto da responsabilidade civil deriva de um descumprimento obrigacional, isto é, analisa-se a capacidade que um agente tem de

responder por alguma coisa diante de um ato danoso praticado. Nas palavras de Silva (2010, p. 642):

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Nesse contexto, a responsabilidade irá se dividir, quanto à origem, em duas classificações: a responsabilidade civil contratual (negocial) e a responsabilidade civil extracontratual (aquiliana).

A primeira espécie de responsabilidade civil (contratual), que, em síntese, é a responsabilidade que encontra fundamento no pacto firmado entre as partes, tem como exemplos os artigos 389, 390 e 391 do código civil. Dispõe, por exemplo, o primeiro artigo, que não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (Código Civil, 2002). Ou seja, previamente houve um contrato firmando uma obrigação, com o descumprimento dessa obrigação (no caso, obrigação de dar ou fazer), surge o direito de indenização em favor do credor.

A segunda espécie, a responsabilidade civil extracontratual, em síntese, é uma forma de ligar o agente “A”, causador do dano, (normalmente derivado de um ato ilícito ou abuso de direito) ao agente “B”, aquele que sofreu o dano, independente de pacto anteriormente firmado. Observe, por exemplo, as causas de indenização decorrentes de batidas de veículos em nosso dia a dia, embora não haja contrato anteriormente firmado entre as partes, uma simples batida de carro pode ser enquadrada nessa segunda modalidade de responsabilidade (extracontratual), fazendo com que o ato danoso seja reparado, sobretudo com fundamento no artigo 186 do código civil de 2002 que dispõe: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Afim de fechar essa ideia, é importante ter em mente quais são as definições que a doutrina apresenta acerca do que configura atos ilícitos e atos praticados com abuso de poder.

Em síntese, entende-se como atos ilícitos os praticados em desacordo com o ordenamento jurídico, causando, pois, prejuízos a outrem. Importante observar que um mesmo ato ilícito pode repercutir tanto na esfera cível, quanto nas esferas administrativas e penal – para este estudo, entretanto, apenas a primeira esfera nos interessa. Ato ilícito, portanto, possui a fórmula: lesão de direitos mais dano – material ou imaterial (moral), é um vício, portanto, no próprio conteúdo do ato.

Segundo leciona Tartuce (2017, página 329):

O ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

Por outro lado, entende-se como abuso de direito aqueles atos praticados no exercício irregular de direito, isto é, o ato é lícito, porém exercido fora dos limites dispostos na lei. É o que dispõe Tartuce, 2017 (página 331), que a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Enquanto que o vício do ato ilícito está no próprio conteúdo do ato. A fim de ilustrar, tem-se como exemplo o julgado do STF acerca do abuso de direito de greve:

O direito à greve não é absoluto, devendo a categoria observar os parâmetros legais de regência. Descabe falar em transgressão à Carta da República quando o indeferimento da garantia de emprego decorre do fato de se haver enquadrado a greve como ilegal (STF, RE 184.083, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.05.2001).

## 2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Primeiramente, é importante observar que não há um consenso acerca de quais elementos integram a responsabilidade civil, contudo, a doutrina majoritária (e aqui cita-se exemplos como Venosa e Gonçalves) adota a teoria de que existem quatro elementos que compõe esse instituto, são eles: conduta humana, culpa genérica, nexo de causalidade e dano. Segundo Venosa (2003, pág. 13), são requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e, finalmente, culpa.

O primeiro elemento da responsabilidade, pois, é a conduta humana. Assim, esse elemento pode ser caracterizado através de uma omissão, voluntária ou involuntária (imprudência, imperícia e negligência), bem como através de uma conduta positiva (uma ação). Importante observar que para configurar omissão é preciso que se demonstre que o agente tinha um dever jurídico de praticar o ato ou que a conduta simplesmente não foi praticada (omissão específica). Assim dispõe o STJ no caso em que o mesmo analisava a culpa que teria o condomínio em virtude de um roubo do veículo acontecido em seu interior, contudo, já se adianta que foi negado o provimento do recurso haja vista que não havia instrumento legal que demonstrasse que o condomínio era o detentor legal do dever de impedir o ilícito:

A Segunda Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que 'O condomínio só responde por furtos ocorridos nas suas áreas comuns se isso estiver expressamente previsto na respectiva convenção (STJ, EREsp 268669/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 26.04.2006).

O segundo elemento é a culpa genérica. Aqui é importante destacar que tanto as condutas dolosas quanto as condutas culposas (*stricto sensu*), estão abarcadas nesse conceito de culpa genérica. Dessa forma, entende-se por dolo a intenção que o agente tinha em praticar determinada conduta objetivando causar prejuízo para outrem. Assim leciona Gonçalves (2017, pág. 53):

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico. Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil.

Por outro lado, entende-se como culpa em *stricto sensu* a conduta praticada com imprudência (falta de cuidado pela ação), negligência (falta de cuidado pela omissão) e imperícia (falta de treinamento que o qualificaria para uma determinada função).

O segundo elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade. Aqui se fala da relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, isto é, o liame jurídico que relaciona a ação do agente e seu resultado.

É o que dispõe Cavalieri (2010, pág. 83):

Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades (...). O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

O que é interessante notar é que enquanto a responsabilidade subjetiva analisa o liame jurídico através dos elementos dolo e culpa, a responsabilidade objetiva independe desses fatores, bastando apenas que seja observada a conduta mais o dever legal de responsabilização do agente.

Além disso, outro ponto importante no que diz respeito ao nexo causal são suas causas excludentes, são essas: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e o caso fortuito e a força maior. Com relação a esse último, imprescindível se faz frisar que embora não haja um consenso, pois, muitos doutrinadores consideram esses institutos sinônimos, há uma maior filiação ao que dispõe Tartuce (2017, pág. 347):

Sendo assim, este autor entende ser melhor, do ponto de vista didático, definir o caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa.

Ademais, é notório que essas excludentes de nexo causal carecem de uma análise mais casuística para os operadores do direito, a fim de se verificar se o caso fortuito ou força maior mantém ou não relação com a ideia de risco do empreendimento, haja vista que seriam considerados eventos internos e, assim, seriam desconsiderados, gerando, pois, o dever de indenizar. Por exemplo, a súmula 479 do STJ que dispõe: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Por fim, tem-se a figura do dano. Portanto, após a prova da conduta mais o nexo causal, surge o último elemento que configura a responsabilidade civil: o dano suportado por alguém. Interessante se faz frisar a evolução deste elemento, haja vista que antes apenas os danos materiais eram vislumbrados, depois integrou esse conjunto a figura do dano moral, e hoje em dia já se fala na figura do dano estético, dano moral coletivo, dano pela perda de uma chance e dano social. Segundo o STJ, por exemplo: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral (Súmula 397, STJ, 2009).

Em síntese, entende-se por dano material a espécie de dano que atinge o patrimônio corpóreo de outrem. Esse instituto, por vezes, é dividido em mais dois subtemas: danos emergentes (o que efetivamente se perdeu) e lucros cessantes (o que deixou de receber). É o que leciona Tartuce (2017, pág. 351):

Danos emergentes ou danos positivos – o que efetivamente se perdeu. Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito. Lucros cessantes ou danos negativos – o que razoavelmente se deixou de lucrar. No caso de acidente de trânsito, poderá pleitear lucros cessantes o taxista, que deixou de receber valores com tal evento, fazendo-se o cálculo dos lucros cessantes de acordo com a tabela fornecida pelo sindicato da classe e o tempo de impossibilidade de trabalho.

Por outro lado, os danos morais (relativamente recente em nosso país), além de ter fundamento no artigo 5º da constituição federal de 1988, tem como característica a ideia compensar os direitos da personalidade atingidos, em verdade, não é quantificar o sofrimento (com a finalidade de acréscimo patrimonial), mas atenuar o dano suportado. Ademais, é interessante perceber que o dano moral não necessariamente deriva de um sentimento ruim suportado por outrem, mas da necessidade de compensar um prejuízo imaterial, tem-se como exemplo a figura da pessoa jurídica que, embora não tenha sentimentos, é sujeito passivo de dano moral – súmula 227 STJ.

Além disso, tem-se a figura do dano estético, entendido como a lesão à beleza física, isto é, a modificação sofrida pela pessoa em relação à harmonia de suas formas externas. Segundo o STJ, (REsp 65.393/RJ, 2000), dano estético não se confunde com o dano moral haja vista que naquele há uma alteração morfológica na formação corporal, já o dano moral tem a ver com um sofrimento mental.

Com relação ao dano moral coletivo, seria o dano que atinge uma coletividade, isto é, vários direitos de personalidade sendo atingidos. Embora novo, o STJ já vem reconhecendo tal instituto, por exemplo, no informativo 490 de 2012, o tribunal superior condenou uma instituição bancária a pagar dano moral coletivo em virtude de os caixas especiais terem sido colocados em local de difícil acesso – no primeiro andar da agência.

Por fim ainda se tem a teoria do dano pela perda de uma chance. Nesse, há uma frustração experimentada pela pessoa em relação a uma oportunidade futura (expectativa), isto é, um evento que, seguindo um raciocínio razoável, iria acontecer. Exemplo mais comum: a perda do prazo pelos advogados, tendo como consequência a perda da chance da vitória. Segundo STJ (informativo 513, 2012):

A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações,

o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável.

## 2.5 DIVISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO À CULPA

A responsabilidade civil é classificada quanto à culpa em subjetiva ou objetiva. Inicia-se essa análise falando sobre a forma mais comum de responsabilidade encontrada em nosso ordenamento jurídico: a responsabilidade civil subjetiva.

Quando se fala em responsabilidade civil subjetiva, fala-se em teoria da culpa. Assim, essa possibilidade opera analisando os institutos do dolo e da culpa estrito sensu (negligência, imperícia e imprudência).

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva é aquela que independe da análise da conduta culposa ou dolosa, segundo o atual código civil em seu art. 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para essa segunda hipótese, que é a exceção no ordenamento civil, a responsabilidade irá surgir basicamente em duas situações: primeiro, quando existe uma atividade de risco que o autor a desempenha normalmente e assim o dispõe sua cláusula de responsabilidade no serviço; segundo, nos casos previstos em lei, por exemplo, os casos de direito do consumidor ou os casos de natureza civil ambiental.

Além disso, também é importante observar os casos em que o atual código civil atribui uma espécie de responsabilidade civil objetiva indireta, o que os doutrinadores chamam de teoria do risco criado, por exemplo, em seu artigo 932:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;



II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

Na primeira hipótese, para que os pais sejam acionados, basta que seja comprovado a culpa dos filhos, ou seja, em boa parte dos casos os pais têm uma responsabilidade sem culpa (de natureza objetiva) em relação aos atos praticados por seus filhos – leia-se crianças. Raciocínio semelhante seria aplicado ao inciso dois.

## 2.6 DAS EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR

Uma das primeiras causas excludentes do dever de indenizar é a legítima defesa. Essa está encartada no artigo 188 inciso primeiro do atual código civil: não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa. Dessa forma, o agente que atua repelindo injusta agressão, desde que seja atual e iminente e usando apenas de moderados meios necessários, estará contemplado pelo instituto da legítima defesa e, portanto, esta-se-ar diante de uma das formas de exclusão do dever de indenizar.

Importante frisar que o detalhe que circula nessa hipótese (a legítima defesa), é o fato de que devemos analisar caso a caso se o agente agiu com abuso de poder ou utilizando apenas dos meios moderados para repelir a injusta agressão. Pois, se o agente agiu além dos meios moderados, o mesmo agiu de forma irregular, ou seja, configurando ato ilícito e gerando o dever de indenizar.

Além disso, outro caso curioso é o da legítima defesa putativa, situação em que o agente acredita está atuando em legítima defesa, quando, em verdade, não está. Dessa forma, segundo os tribunais superiores, o agente praticou ato irregular, gerando, pois, o dever de indenizar - é o que dispõe o STJ (REsp. 513.891 de 2007): a legítima defesa putativa supõe negligência na apreciação dos fatos, e por isso não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorram. Conclusão: toda vez que há um exercício irregular da defesa esta não será legítima, portanto, gerará o dever de indenizar.

Outra forma de exclusão do dever de indenizar é o estado de necessidade. Assim dispõe o mesmo artigo do código civil supracitado, em seu inciso dois: não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente, prestes a acontecer. Diante disso, deve-se entender

que toda vez que as circunstâncias tornem o ato estritamente necessário (que o mesmo seja indispensável à remoção do perigo), não há que se falar em dever de indenizar, pois o ato será legítimo.

O código civil faz isso porque ocorrem diversas situações que põe em xeque o dever de indenizar (haja vista a deterioração de algum material) versus a vida humana. Nesses casos, se não houvesse essa excludente de ilicitude, diversas pessoas pensariam duas vezes antes de agirem em determinadas situações, é o que leciona Tartuce, por exemplo (2017, pág. 391):

Vejamos um exemplo para ilustrar a aplicação desses polêmicos comandos legais. Imagine-se um caso em que uma criança grita em meio às chamas de um incêndio que atinge uma residência. Um pedestre vê a cena, arromba a porta da casa e salva a criança da morte iminente, prestes a acontecer. Somente se o incêndio foi causado pelo dono do imóvel é que não haverá dever de indenizar.

Observe que se o agente tivesse o dever de pagar pela porta quebrada, o mesmo talvez não tivesse agido no sentido de salvar a criança, contudo, como a vida humana é mais importante que os bens materiais e, naquela situação, para salvar a criança do perigo, o meio mais relevante seria a derrubada da porta, o agente causador do dano não terá a preocupação de ser acionado para fins de indenização futuramente, haja vista que o mesmo agiu no estado de necessidade - a fim de remover um perigo iminente.

Além disso, tem-se a figura do exercício regular de direito como outra forma de exclusão do dever de indenizar. Esta outra figura vem disciplinada no art. 188, inciso I na sua segunda parte que diz: não constitui ato ilícito os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.

Tratando-se do caso acima, um exemplo prático dessa situação, segundo Tartuce (2017, pág 392), é quando o agente tem suas informações cadastradas junto aos órgãos de proteção ao crédito (SPC, SERASA), verifica-se, pois, que quando o agente não honra com seus débitos, o credor tem no exercício regular de seus direitos a possibilidade de inscrever o devedor inadimplente nos órgãos protetivos de créditos sem que isso configure ato ilícito.

Apesar do exposto acima, dispõe o STJ (súmula 359) que essa inscrição do devedor apenas poderá ocorrer quando o mesmo houver sido notificado de sua dívida, observe: Cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação

do devedor antes de proceder à inscrição. Dessa forma, imaginando-se que essa necessidade prévia não tenha sido respeitada, o ato pode ser configurado como ilícito, gerando, pois, o dever de responsabilidade da entidade mantenedora conforme dispõe o STJ, REsp 285.401-SP:

A pessoa natural ou jurídica que tem o seu nome inscrito em cadastro de devedores tem o direito de ser informado do fato. A falta dessa comunicação poderá acarretar a responsabilidade da entidade que administra o banco de dados.

Outrossim, deve ser observado que para o exercício regular das próprias funções (outra forma que livra o agente do dever de indenizar) o mesmo raciocínio exposto acima deve ser aplicado. Dessa forma, quando um bombeiro, por exemplo, arromba uma porta para salvar uma vítima (sendo esta atitude forçada pelo estado de necessidade que se encontrava), não se estará diante de um ato ilícito, pois o mesmo agiu dentro do exercício regular de seu direito – haja vista que tinha o dever de salvar a vítima.

## 2.7 DAS EXCLUDENTES DO NEXO DE CAUSALIDADE

Conforme da exposto anteriormente, o nexo e causalidade constitui o liame jurídico que irá relacionar a conduta com o dano. Além disso, também se sabe que a figura do nexo causal existe tanto na teoria da responsabilidade subjetiva (que analisa o dolo e a culpa) quando na responsabilidade objetiva (que independe da análise do dolo e da culpa). Dessa forma, constituem causas excludentes do nexo causal o caso fortuito e a força maior, culpa exclusiva de terceiro e a culpa exclusiva da vítima. Todos esses fatores quando ocorrem geram, em regra, o rompimento do nexo causal. Há algumas exceções que estão espalhadas pelo código civil, por exemplo, o caso do devedor em mora que não consegue provar que o fato aconteceria e o bem iria perecer mesmo que a obrigação fosse realizada, conforme dispõe o art. 399:

O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

## 2.8 DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR

Além de todo o exposto acima, por fim, alguns doutrinadores defendem que a cláusula de irresponsabilidade também é outra forma de excluir a responsabilidade do dever de indenizar, haja vista que se trata de uma cláusula contratual na qual os contratantes pactuam a sua irresponsabilidade em determinadas situações.

Nessa ideia, contudo, a doutrina e os tribunais superiores vêm acordando no sentido de que essa cláusula apenas seria válida em determinados casos, por exemplo: que as cláusulas de não indenizar são válidas apenas em situações de responsabilidade contratual – excluindo, pois, a responsabilidade extracontratual; também será nula a cláusula de não indenizar se estiverem presentes no contrato de consumo – haja vista que essa vedação é disciplinada no atual código de defesa do consumidor.

## 2.9 RELAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL

Quando se fala do instituto da responsabilidade civil, tem-se uma análise da tríade: conduta, dano e nexo causal. Ocorre, entretanto, que essa única e determinada conduta (causadora de dano a outrem, ato ilícito), pode gerar consequências não só na esfera cível, mas também na esfera penal e administrativa.

Utiliza-se como exemplo um agente que, ao furar o sinal vermelho, colide com seu veículo em outrem, causando não só o dano material, mas a morte do ocupante do veículo lesado. Percebe-se nesse caso que o dano material é notório, advindo do ato ilícito praticado. Outrossim, também haverá uma responsabilidade na área penal, haja vista que o desrespeito às leis de trânsito do exemplo citado em conjunto com a morte do terceiro é uma conduta tipificada no código penal – no capítulo dos crimes contra a vida.

Além disso, ainda há a terceira esfera de responsabilidade que, por exemplo, surgiria se esse agente fosse um servidor público no exercício da função, situação em

que o mesmo ainda iria responder administrativamente (através de um processo administrativo disciplinar), a fim de se apurar a falta funcional cometida.

Por fim, tem-se que ter em mente que embora a responsabilidade civil do direito privado (código civil) seja de suma importância para entender as bases e fundamentos do tema da responsabilidade, interessa afunilar ainda mais esse “espaço amostral” a fim de observar como esse instituto opera dentro do campo público, dentro da disciplina de direito administrativo, em especial, com fundamento no art. 37 §6º da constituição federal, isto é, quais os fundamentos, elementos, requisitos e características que detém a responsabilidade civil quando observada no âmbito do Estado.

### 3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir do tema exposto no capítulo anterior, ingressa-se agora na análise do instituto da responsabilidade civil, só que no âmbito da administração pública, ou, como muitos autores definem, responsabilidade civil do estado, assim sintetiza Hely Lopes (2016, pág. 778):

Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal.

Importante ressaltar que esse dever de o estado indenizar, da mesma forma que no código civil, poderá ser fruto de um dano patrimonial, moral ou estético causado a outrem, no caso, aos particulares usufrutuários ou não de serviços públicos. Ou seja, neste tipo de responsabilidade haverá uma nova tríade: Estado, agente público (em sentido amplo) causador do dano e um lesado.

Outro ponto relevante, diz respeito a algumas particularidades que o instituto da responsabilidade tem quando se trata da atuação estatal, como é o caso da responsabilidade civil objetiva, isto é, que independe de culpa, podendo ser acionada inclusive quando se está diante de um ato lícito. É o que dispõe João de Deus (2017, pág. 356), ao defender que a responsabilização civil extracontratual obriga o Estado a indenizar os danos decorrentes tanto de atos lícitos (legais ou em conformidade com a lei) quanto de atos ilícitos (ilegais ou contrários à lei). Nesse mesmo sentido dispõe Di Pietro (2016, pág. 415):

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade civil exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamento que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus do que os impostos a determinados membros da coletividade.

Toda essa discursão terá como base a atual constituição federal de 1988, que em seu art. 37 §6º disporá:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Observa-se ainda que quando se fala em “Estado”, está-se falando do dano que o executivo, legislativo e judiciário (e demais entidades da administração pública, o estado como todo), causam a outrem. Ademais, não é a administração pública que detém a capacidade processual, mas o próprio estado, conforme dispõe Di Pietro (2016, pág. 415):

É errado em falar em responsabilidade civil da administração pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de suas atribuições.

Outrossim, também integram os pressupostos da responsabilidade o fato e sua imputabilidade a alguém, isto é, que um responsável deverá responder perante o nosso ordenamento jurídico diante de um fato anteriormente praticado e esta relação independe de uma conduta ou da falta dela, conduta omissiva ou comissiva, conforme dispõe Carvalho Filho (2017, pág. 371):

De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato.

Percebe-se também que toda essa relação (agente, estado e responsabilidade) deriva da teoria do órgão, isto é, que o agente público pratica a conduta (quando no exercício de suas funções públicas), mas quem responde pela mesma é o órgão público ao qual o mesmo está ligado – o que não impede uma eventual ação regressiva contra o agente posteriormente, ademais é o que leciona Mazza (2016 pág. 515):

A moderna teoria do órgão público sustenta que as condutas praticadas por agentes públicos, no exercício de suas atribuições, devem ser imputadas ao Estado. Assim, quando o agente público atua, considera-se que o Estado atuou. Essa noção de imputação é reforçada também pelo princípio da impessoalidade, que assevera ser a função administrativa exercida por agentes públicos “sem rosto”.

Dessa forma, diante todo o exposto no tópico, é importante sintetizar um conceito de responsabilidade civil do estado, segundo Di Pietro (2016, pág. 790):

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

### 3.2 EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

É importante antes de iniciar qualquer tema, ter-se ciência de onde aquele instituto veio, como caminhou no tempo, para entender como o mesmo é aplicado hoje. Além disso, é importante ter em mente que dentre várias correntes que surgem no mundo tratando sobre o tema responsabilidade civil (anglo-saxão, por exemplo), é preciso ter em mente que aqui o objetivo estará concentrado em analisar as teorias por trás das correntes que mais influenciaram no sistema brasileiro: europeu-continental.

Nessa ideia, em síntese, analisa-se o instituto da responsabilidade em três momentos específicos: o primeiro, a época da irresponsabilidade civil do estado; em segundo, o período da responsabilidade subjetiva do estado; e, por fim, a atual responsabilidade objetiva do estado – observando, ademais, que tais teorias ainda contêm suas subespécies, conforme leciona Ricardo Alexandre (2017, pág. 357):

A doutrina relata a existência das seguintes teorias sobre o assunto: teoria da irresponsabilidade; teorias civilistas (responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas de Direito Privado); teoria dos atos de império e de gestão; e teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva; teorias publicistas (responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público); teoria da culpa administrativa (culpa anônima ou culpa do serviço público); teoria do risco administrativo; teoria do risco integral.

A primeira teoria adotada, portanto, foi a irresponsabilidade, característica dos estados absolutos e de sua soberania. Nessa época havia uma autoridade suprema do estado em relação ao indivíduo, é um cenário em que havia um ser (o rei) ditando as regras, e naquela época as atitudes do mesmo eram incontestáveis, “o rei não pode errar”. Dessa forma, se por acaso alguma responsabilidade fosse atribuída ao mesmo, estaria significando um total desrespeito com a alteza, pois estaria igualando o estado aos súditos. É o que leciona Mazza (2016, pág. 517):

Os governantes eram considerados “representantes de Deus na terra”, escolhidos e investidos diretamente pela própria divindade. Por isso, eventuais prejuízos causados pelo Estado deveriam ser atribuídos à providência divina e, se Deus não erra, o atributo da inerrância se estendia aos governantes nomeados por Ele.

Essa teoria, contudo, foi superada em meados do século XIX, haja vista que o estado passou a assumir um papel de prestador de serviços e entendendo que essas atribuições, por vezes, geravam danos a outrem. O sistema francês, por exemplo, fez publicar uma lei em 1800, dispondo sobre o ressarcimento de danos



decorrentes de obras públicas. Os últimos países a evoluírem em tal posicionamento foram os Estados Unidos e Inglaterra, leciona Hely Lopes (2016, pág. 780):

A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo Crown Proceeding Act, de 1947, e pelo Federal Tort Claims Act, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes.

Dessa forma, ainda no século XIX, começa a se ter a ideia da responsabilidade do estado, contudo, adotando as teorias e princípios do direito civil, o que muitos autores chama de teoria civilista da culpa – e que, segundo apresentado no capítulo anterior, essa teoria tem como base a ideia da culpa e se divide em algumas subespécies.

A teoria civilista adota a responsabilidade subjetiva, dessa forma, o estado só irá responder por eventuais danos quando ficar comprovado a culpa ou dolo do agente causador. Portanto, para essa teoria, quatro elementos devem ser estar caracterizados: conduta, dano, nexo causal e o elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Assim, embora essa teoria ainda seja aplicada até hoje em determinados casos, a mesma foi pericialmente superada em grande parte dos outros casos, haja vista que havia uma dificuldade de o particular conseguir comprovar diante do estado que o agente público causador do dano teria agido com dolo ou culpa.

Ainda nessa teoria, passaram e distinguir dois tipos de atos praticados pelo poder público: os atos de império e os atos de gestão. No primeiro, não havia o que se falar em responsabilidade do estado, pois eram atos ainda praticados pelo Rei (que não podia errar), o segundo eram atos praticados pelo “fisco” da época, atos esses que quando comprovados com o uso do dolo ou culpa, levariam a responsabilização dos agentes. Contudo, mais uma vez, havia grande dificuldade dos particulares e da própria administração em distinguir o que era ato de império dos atos de gestão. Leciona Carvalho Filho (2017, pág. 372):

Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade.

Diante de toda essa dificuldade, o estudo do direito administrativo evolui mais uma vez, adotando uma nova teoria, a publicista. Os primeiros passos desse surgimento advêm das jurisprudências francesas, no caso Agnès Blanco, segundo Di Pietro (2016, pág. 792):

A menina ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia; seu pai, promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes.

Ao final desse julgamento, ficou entendido que o Estado não deve se submeter às regras do direito privado porque suas características regem princípios e normas especiais, é quando se fala em teoria da culpa administrativa e a teoria do risco administrativo, bem como na teoria do risco integral.

Diante do exposto, inicia-se uma nova fase da teoria da responsabilidade, desde 1947 até hoje (2019), a teoria publicista grafada no art. 37 §6º da Constituição Federal de 1988 nos apresenta a teoria do risco administrativo. Leciona Mazza (2016, pág. 519):

Quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo. Assim, a responsabilidade prescinde de qualquer investigação quanto ao elemento subjetivo.

Atente-se, contudo, que nessa nova teoria não haverá a exclusão da análise do dolo e da culpa, pois os mesmos ainda serão analisados, inclusive para efeito de ação de regressiva da administração em face do servidor. Além disso, também vão haver casos em que a responsabilidade do estado estará excluída – assim como ocorre na regra do direito civil.

Outrossim, o que ocorre é uma facilitação no que diz respeito ao direito à indenização, haja vista que alguns elementos que dificultavam tal direito (como a comprovação da culpa do agente público, por exemplo), acabam sendo minorados em face desse novo instituto, tudo isso baseado na ideia de solidariedade social.

Dessa forma, em síntese, tem-se duas teorias adotadas pelo sistema publicista: a teoria da culpa do serviço ou teoria da culpa administrativa (subjetiva, ainda aplicada em alguns casos) e a teoria do risco (objetiva) – sendo, esta última, subdividida em duas outras espécies, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral. É o que ensina Ricardo Alexandre (2017, pág. 358):

O ponto em comum nas teorias publicistas é que para responsabilizar o Estado não há necessidade de provar o dolo ou culpa individualizada do agente público envolvido. Tais teorias se dividem em teoria da culpa do serviço (também conhecida por teoria da culpa administrativa, teoria do acidente administrativo ou teoria da culpa anônima do serviço público) e teoria do risco, que se subdivide nas modalidades risco administrativo e risco integral.

Nesse nosso paradigma a ideia é, portanto, de que o estado não pode ser equiparado ao particular, não se pode utilizar os mesmos institutos do direito civil para ambos, é o que dispõe Hely Lopes (2016, pág. 780):

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despojado de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados.

Assim, conforme aquele (Estado) é dotado de autoridade e prerrogativas públicas, em detrimento desse (particular), a aplicação dos princípios do direito público, torna-se, pois, a forma mais razoável no que diz respeito ao tipo de responsabilidade que o estado deve ter em face dos danos eventualmente praticados a outrem.

### 3.3 ANÁLISE DAS TEORIAS PUBLICISTAS

Após toda a evolução acima descrita, chega-se então às espécies estudadas na teoria publicista, quais sejam: teoria da culpa administrativa (ou teoria do serviço) e a teoria do risco – subdividida em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A teoria da culpa do serviço consistirá em responsabilizar o estado quando um serviço público funcionou ruim, atrasado ou nos casos em que há omissão. Essa teoria, pois, é uma passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva, levando em consideração a prestação do serviço.

O grande avanço dessa teoria em relação à anterior (teoria subjetiva), é que a vítima agora não precisa mais identificar o agente causador do dano (funcionário público) tampouco demonstrar seu o mesmo agiu com dolo ou culpa, mas tão somente a falha na prestação do serviço público – entendendo-se falha, segundo João de Deus, como o não funcionamento (omissão) ou mal funcionamento do serviço público (ação).

Em que pese a evolução demonstrada, contudo, tal teoria ainda exige bastante da vítima na medida que a mesma deve provar a falta do serviço – a culpa na prestação do serviço público. É o que leciona Carvalho Filho (2017, pág. 373):

Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.

Já na teoria do risco (que ingressa na constituição em 1946), diferentemente do exposto acima, observa-se que o risco administrativo avança mais uma vez ao não exigir que a vítima seja compelida a demonstrar uma falta ou má prestação do serviço, tampouco a culpa dos agentes públicos. Segundo Hely Lopes (2016, pág. 781):

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.

Agora não se alisa a culpa da administração (representado pelos seus agentes), mas tão somente a ocorrência do fato injusto que deriva da ação ou omissão do estado. A ideia é de reconhecer o risco social que a atividade estatal detém, fazendo com que a mesma possa ser responsabilizada para reparar eventuais danos (fazendo uma reparação justa e distributiva) através de sua fazenda pública.

A ideia advém da Declaração dos Direitos do Homem, ensina Di Pietro (2016 pág. 793): Como os benefícios decorrentes da ação estatal repartem-se por todos, também alguns prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Dessa forma, entende-se que se a atividade do estado, que utiliza recursos públicos, gera um encargo para determinada pessoa, cabe ao mesmo ente (estado), restabelecer o equilíbrio do prejudicado utilizando recursos públicos.

Em síntese, agora não se analisa mais o elemento subjetivo (culpa ou dolo), isso porque se tem uma consciência de que a própria ação estatal carrega consigo um risco que lhe é inerente em suas atividades.

O instituto da teoria do risco (aplicado como regra atualmente), parte do princípio de que a atividade administrativa é desempenhada visando o interesse público, por essa razão, há certas prerrogativas que lhes são inerentes, em detrimento dos particulares. Essas mesmas particularidades, ademais, é o que responsabiliza o

estado pelos danos que o mesmo causa a terceiros. É o que leciona Carvalho Filho (2017, pág. 374):

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

Dessa forma, três são os elementos analisados na teoria do risco administrativo: o dano (que pode ser patrimonial, moral ou estético), a conduta dos agente públicos e o nexo causal. Ademais, tal instituto vem esculpido na atual Constituição Federal em seu art. 37 §6º, que diz:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Dessa forma, três observações se fazem necessárias: primeiro, é importante ter em mente que a teoria do risco administrativo não excluiu a teoria subjetiva da responsabilidade civil, pelo contrário, uma teoria complementa a outra; segundo que, conforme o constituinte, não são todas as pessoas jurídicas de direito privado que respondem perante essa teoria do risco administrativo (que é a teoria regra), mas tão somente os entes prestadores de serviço público – e não os exploradores de atividade econômica; terceiro que essa teoria não impede que eventual dano custeado pela administração não possa ser ressarcido ao erário através de uma ação regressiva contra o agente causador do ilícito civil.

Por fim, no que diz respeito a teoria do risco na modalidade integral, importante observar que esta mesma teoria também é aplicada em casos pontuais em nosso Estado, haja vista que a diferença entre essa teoria e a do risco, é que nesta (risco) há uma análise da conduta levando em consideração as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do estado, ao passo que na teoria do risco integral essa análise não é feita – são casos extremos, por exemplo, de danos nucleares. Segundo Di Pietro (2016, pág 794):

A teoria do risco integral incide independentemente de circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, d, da Constituição Federal); e também nas hipóteses de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas leis nº 10.309/01 e 10.744/03.

Ademais, o STJ já reconheceu expressamente a aplicação da teoria do risco integral através, por exemplo, do dano ambiental (REsp 1.374.284/2012):

Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar.

Ou seja, na prática, o estado responderá pelo danos causados independentemente da análise dos elementos excludentes ou atenuantes da culpa.

### 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO (EVOLUÇÃO)

Fazendo uma retrospectiva no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que nas primeiras constituições (1824 e 1891) não havia disposição prevendo a responsabilidade estatal, embora em certos períodos houvesse a possibilidade de responsabilizar o funcionário público e o estado pelos danos causados em estradas de ferro, contudo, a regra era a de que praticamente não havia o que se falar em responsabilidade do estado.

Já no código civil de 1916 (artigo 15), começa a ser adotada a teoria da responsabilidade subjetiva (que dependia da comprovação do dano ou da culpa do agente), concretizando o direito de indenizar toda vez que os agentes públicos praticassem atos contrários ao direito. Segundo Hely Lopes (2016, pág. 783):

O Código Civil brasileiro/16, acolhendo a doutrina subjetivista dominante em sua época, estabeleceu no art. 15 que as pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Na sequência vieram as constituições de 1934 e 1937 que previam basicamente a mesma ideia, qual seja: a de que os funcionários públicos quando praticassem atos que causassem prejuízos através da imprudência, imperícia ou negligência, os mesmos seriam responsáveis solidariamente com a fazenda pública.

Em 1946 um outro avanço surge com a nova constituição adotando em seu artigo 194 a teoria da responsabilidade civil objetiva, conforme se observa: as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus

funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Ademais, o parágrafo único já passa a prever o instituto da ação regressiva do estado em face do agente público, que diz: caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. Dessa forma, seguindo Carvalho Filho (2017, pág. 375):

A Constituição Federal de 1946 passou a dar diferente redação para regular a matéria. Resulta da alteração da norma que o direito pátrio, através de regra constitucional, passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na qual não era exigida a perquirição do fator culpa.

Outrossim, as constituições posteriores apenas repetiram os ensinamentos da constituição de 1946 com a complementação de que as ações regressivas agora também poderiam ser manejadas em face de atos dolosos praticados pelos agentes públicos, isto é, passou-se a se consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do estado nos moldes que até hoje vigora.

Dessa forma, chega-se então à atual constituição federal de 1988 que ratifica a teoria do risco em seu art. 37 §6º já amplamente citado. Outra mudança importante é a do código civil de 2002, que não repete o disposto no código civil de 1916. No atual código civil também se passou a utilizar o instituto da responsabilidade civil objetiva, no que diz respeito as pessoas jurídicas de direito público interno, segundo o art. 43:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Observa-se, contudo, que tal dispositivo no código civil tem um certo “atraso” em relação ao disposto na constituição, haja vista que o código civil não trouxe a parte que estende o disposto às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Conforme observa Hely Lopes (2016, pág. 784):

Não se referiu, contudo, aos agentes das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Estas, quer sejam empresas governamentais (empresas públicas e sociedades de economia mista), quer sejam exclusivamente privadas (concessionárias ou permissionárias), respondem também objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Analisando-se mais especificamente o art. 37 §6º, entende-se que a grande contribuição de tal dispositivo foi a referência às pessoas jurídicas de direito privado

(prestadoras de serviço público) que passariam agora a responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Contudo, em 2005, houve um julgamento que entendeu que a referida garantia para o usuário, quando não usufrutuário do serviço, seria de forma subjetiva, enquanto que o usuário do serviço, poderia responsabilizar a administração de forma objetiva – julgamento RE 262.651/SP.

Esse entendimento foi alterado em 2009, RE 591.874/MS, alinhando-se ao que majoritariamente se defendia na época: a teoria da responsabilidade objetiva é aplicável tanto para usuários quanto para não usuários de serviço público, bastando, pois, que estejam presentes os elementos da responsabilidade: conduta, dano e nexo causal.

Além disso, é oportuno esclarecer que o instituto da responsabilidade objetiva não é aplicado às empresas públicas e sociedade de economia mista quando estas estiverem na qualidade de exploradoras de atividade econômica – aplicando-se, apenas, nas situações em que essas forem prestadora de serviço público. Segundo Ricardo Alexandre (2017, pág. 361):

A regra da responsabilidade civil objetiva não se aplica aos atos das empresas públicas e das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, uma vez que o art. 173, § 1º, da CF/1988, impõe que elas sejam regidas pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas. Por consequência, tais entidades estão sujeitas à responsabilidade subjetiva, sendo regidas pelas normas comuns de Direito Civil.

Outro ponto a se destacar é o fato de que embora não se tenha previsto expressamente a teoria do risco integral, isto é, que o Estado deverá responder pelos danos que causar a terceiros, independentemente da análise de causas excludentes e atenuantes dessa responsabilidade, tampouco da análise do dolo ou da culpa, há diversas passagens em nosso ordenamento jurídico em que boa parte da doutrina entende que tal instituto haveria de ser aplicado, por exemplo: danos de acidentes nucleares (CF, art. 21, XXIII, “d”, disciplinado pela Lei 6.453/1977) e danos decorrentes de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras (Leis 10.309/2001 e 10.744/2003) – João de Deus (2017, pág. 362).

Outrossim, percebe-se no texto constitucional que o constituinte utiliza a palavra “agente”, em detrimento de “funcionário público”, o que, acertadamente, faz concluir que a administração será responsável por quaisquer agentes públicos, em



sentido amplo, no desempenho das funções do estado, a saber: servidores públicos, empregados públicos, agentes honoríficos, agentes temporários e afins.

Inclusive, o abuso do servidor público no exercício de sua função não exime a Administração Pública em termos de responsabilidade, embora eventualmente possa o Estado, após ser responsabilizado, ingressar com uma ação regressiva contra o agente. Leciona Hely Lopes (2016, pág. 786):

O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.

Outra questão a saber é que no passado a responsabilidade estatal apenas se dava nos chamados “atos de gestão” (atos praticados sem que a administração utilize sua supremacia frente aos particulares). Contudo, esse entendimento foi superado. Hodiernamente, a administração pode ser responsabilizada tanto nas práticas dos atos de gestão, quanto nos atos de império (que são aqueles em que a administração impõe coercitivamente suas vontades, em nome do interesse público, aos particulares).

Por outro lado, o que ainda hoje é objeto de distinção são os atos praticados pelos servidores, dos atos advindos dos eventos da natureza ou de terceiros. Percebe-se que o constituinte visou proteger o cidadão dos atos “administrativos” praticados pelos servidores em sentido amplo (atuação estatal), justamente por isso a teoria é a do risco “administrativo”.

Diante todo o exposto, em síntese, tem-se seis pontos que precisam ser guardados.

O primeiro diz respeito a quem são as pessoas jurídicas capazes de serem responsabilizadas através do instituto do risco administrativo, a saber: todas as pessoas jurídicas de direito público (união, estado, distrito federal e municípios, ainda autarquias e algumas fundações), e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (cartórios extrajudiciais, empresas públicas, sociedade de economia mista e algumas empresas do terceiro setor).

Segundo, do grupo de pessoas jurídicas de direito privado, apenas as que prestam serviço público serão alçadas pelo instituto supracitado, e isso pode incluir a concessionárias e permissionárias de serviço público.

Terceiro ponto é a necessidade que haja dano a terceiro em decorrência da prestação de um serviço público (situação de causa e efeito, ou, nexos causal). Portanto, independe se o terceiro atingido é ou não usuário do serviço público, atualmente essa distinção não faz diferença.

Quarto ponto: o termo agente público abarca todas as pessoas que de alguma forma contribuem para o exercício da função administrativa, ainda que não remunerado, isto é, tanto os policiais quanto particulares em colaboração.

O quinto ponto é a necessidade de que o agente público esteja agindo nessa qualidade, isto é, não basta que a pessoa seja servidor público, mas que tenha praticado (ou deixado de praticar) o ato lesivo contra terceiro na função (na qualidade) de servidor, ou seja, em nome do poder público.

Por fim, tem-se que ter em mente que o estado só responde em decorrência de um ato antijurídico praticado (independente de licitude ou ilicitude do mesmo), ou seja, tanto pode ocorrer de o estado ser responsabilizado quando pratica um ato ilícito, contrário ao ordenamento jurídico, quanto pode ocorrer do estado praticar um ato lícito, mas que deste decorra um dano anormal, por exemplo: um policial em legítima defesa. Neste caso, o estado, quando entrega uma arma nas mãos de seus agentes, assume o risco de sua atividade, o ato, pois, será cobrado em decorrência da imputação a pessoa jurídica à que o servidor está ligado.

Como síntese da linha do tempo sobre o instituto da responsabilidade civil do estado aqui no Brasil, tem-se que:

Nos anos de 1800 na França e 1824 no Brasil, não havia nada expresso acerca do instituto, vigorava, pois, o sistema da irresponsabilidade civil. Contudo, as primeiras noções de responsabilidade já começavam a surgir em virtude da indenização decorrente de obra pública que já existia na época.

Em 1873, surge na França o reconhecimento da responsabilidade civil estatal. No Brasil, em 1891, ainda não havia tal previsão constitucionalmente falando. Em

1916 o Brasil adota a teoria subjetiva (código civil), as próximas constituições (1934 e 1937) passam a prever a responsabilidade subjetiva.

Finalmente em 1946 surge a primeira Constituição Federal brasileira a adotar a teoria da responsabilidade civil objetiva do estado. É quando, finalmente, em 1988 a atual constituição reitera os ensinamentos da CF de 1946, acrescentando o instituto da responsabilidade para as empresas estatais de direito privado, prestadoras de serviço público.

Nessa mesma linha, em 2002 o atual código civil reconhece a responsabilidade objetiva. Em 2005 (mediante decisão do STF já mencionada), o supremo possibilita que as concessionárias respondam subjetivamente e em 2009 as concessionárias passam a responder objetivamente diante das faltas cometidas em face dos usuários ou não de serviços públicos.

### 3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dentro da atual Carta Magna, o instituto da responsabilidade civil do estado vem disciplinado no art. 37 §6º. Recapitulando o que já foi explicitado, o instituto da responsabilidade opera dentro do estado quando há a reunião de três elementos básicos: uma conduta de um agente público (ação estatal), um dano (material, moral e, inclusive, estético) e o nexo causal (comprovação de que o dano foi fruto da ação estatal).

Ademais, ao lado dessa definição, também é importante observar que existem causas de atenuam ou até mesmo excluem tal responsabilidade - as quais serão objeto de análise mais à frente. De toda forma, é importante frisar que o instituto da responsabilidade existe tendo como fundamento o princípio da igualdade do ônus e encargos sociais. Dessa forma, para uma análise mais detalhada, necessária se faz um estudo mais minucioso de cada elemento que compõe esse instituto.

### 3.5.1 Elementos da responsabilidade civil do estado

Quando pensamos em responsabilidade estatal o primeiro elemento que merece ser analisado é o instituto das pessoas responsáveis. Relembrando o já exposto anteriormente, a constituição faz referência a dois tipos de pessoas: as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público.

Já se sabe, contudo, que essa segunda categoria foi uma inovação dentro do atual texto constitucional. A ideia foi separar, dentro das pessoas jurídicas de direito privado, as que praticam uma atividade comercial (explorando atividade econômica), das pessoas que exercem um serviço público – o que, a princípio, era atividade típica estatal. Dessa forma, com essa descentralização administrativa, não seria justo que para esse segundo grupo a responsabilidade estatal fosse afastada. Leciona Carvalho Filho (2017, pág. 375):

A intenção do Constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aquelas que, embora com personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado. Com efeito, se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação de prejuízos pelos administrados.

Dessa forma, nessa segunda categoria (pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, art. 175 da constituição), podemos encontrar as empresas públicas, sociedades de economia mistas, concessionárias, permissionárias, empresa de transporte público coletivo, bem como empresas que fazem a distribuição de energia e água – é como se o próprio estado tivesse prestando o serviço. Por outro lado, se essas empresas forem exploradoras de atividade econômica, o art. 173 §1º da constituição irá ressaltar que estas serão regidas pelas mesmas regras aplicáveis ao setor privado.

Outrossim, é importante observar que esses conceitos de “prestar serviço público” e “explorar atividade econômica”, são institutos que por vezes se misturam numa mesma pessoa jurídica, isto é, há certos entes que ao mesmo tempo prestam serviço público e em algumas situações até exploram alguma atividade econômica, contudo, quando é preciso classificar uma pessoa jurídica em um desses dois ramos, deve-se observar qual a atividade que predomina naquela pessoa jurídica, por

exemplo: uma empresa prestadora do serviço de energia elétrica (serviço público), ainda que eventualmente ganhe algum dinheiro na exploração de alguns serviços, que possam ser considerados “atividade econômica”, será classificada como pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público porque sua atividade predominante é esta, e, inclusive, assim responderá perante usuários ou não dos serviços públicos. Segundo João de Deus (2017, pág. 364):

Pode-se imaginar a situação em que um ônibus pertencente a uma empresa concessionária de serviço público de transporte coletivo abalroa um veículo de um particular. Em relação aos danos provocados ao particular, que é não usuário do serviço, a concessionária responde objetivamente, ou seja, a vítima para receber a indenização tem que demonstrar apenas o nexo causal entre a conduta do motorista do ônibus e o dano sofrido, não necessitando mais provar a culpa (imprudência, imperícia ou negligência) ou dolo do agente causador.

O segundo elemento que devemos observar é o agente que desempenha a função estatal. O estado será civilmente responsável pelos danos que seus agentes (seus representantes) quando estiverem nessa qualidade (representando o estado) causarem a terceiros. Entende-se, assim, que o estado é uma pessoa jurídica (de direito público ou privado) e essa ficção jurídica não seria capaz de atuar no plano material se não fossem as inúmeras pessoas físicas que desempenham as diversas atividades.

Ocorre que o termo “nessa qualidade” deve estar presente na atividade desempenhada pelo agente público, isto é, que o mesmo não agiu no exercício de atividades da vida particular, mas sim em busca do desempenho de funções estatais, pois, do contrário (se estivessem agindo de forma particular) não estaria presente a responsabilidade civil estatal, mas sim responsabilidade pessoal submetida ao código civil. Leciona Carvalho Filho (2017, pág. 377):

A expressão “nessa qualidade” tem razão de ser, porque só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. Desse modo, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil.

Dessa forma, quando estes agentes estão no exercício da função pública, na verdade, é o estado que está em seu nome, sendo a pessoa física apenas o representante estatal no plano físico. Isso ocorre porque tais pessoas estão ligadas a seus entes representantes através teoria da imputação volitiva, segundo a qual os agentes tão somente representam as funções estatais da pessoa jurídica que representa.

O cuidado que se deve ter é: em relação a pessoas físicas que desempenham funções estatais mesmo estando de folga do serviço, por exemplo, o caso de um policial, que mesmo não estando no trabalho, age na vida particular como se no exercício estivesse, ou seja, o policial, que mesmo estando de folga, presenciando uma situação de perigo, passa a agir em nome do estado, inclusive fazendo o uso da arma que pertence à corporação. Nesse caso, embora o ato tenha sido praticado fora do horário de serviço, foi um exercício em nome da atuação estatal, gerando, pois, a responsabilidade civil do estado de forma objetiva, dispõe STF (RE 160.401/99):

Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da CF não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público.

O terceiro elemento é a necessidade que temos de verificar a duplicidade que o texto constitucional estipula em relação a responsabilidade, isto é, que no início do texto constitucional, o constituinte trata da responsabilidade entre indivíduo e o estado. Por outro lado, ao final do art. 37, §6º, tem-se a possibilidade de o estado responsabilizar civilmente (através de uma ação regressiva) o agente público causador do dano. Leciona Carvalho Filho (2017, pág. 377), que estão presentes, desse modo, no preceito constitucional, dois tipos de responsabilidade civil: a do Estado, sujeito à responsabilidade objetiva, e a do agente estatal, sob o qual incide a responsabilidade subjetiva ou com culpa.

### **3.5.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva**

Quando se fala em responsabilidade civil do estado objetiva ou subjetiva, tem-se que ter em mente a figura da análise da culpa (em sentido amplo). A regra para o direito civil é que o indivíduo costuma responder nos casos em que haja uma reprovação em suas atividades, quando o mesmo provoca um ato ilícito ou, por exemplo, quando demonstrado sua falta de cautela.

Dessa forma, quando falamos em responsabilidade subjetiva do estado, estamos falando da exceção, pois conforme demonstrado anteriormente, o estado responde objetivamente nos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Isso posto, é importante notar que nos casos em que o particular demonstrar a culpa da administração pela falta do serviço ou funcionamento ruim, estaremos diante da culpa anônima, isto é, da responsabilidade subjetiva do estado. Explica João de Deus (2017, pág. 364):

Não se deve pensar que a Administração Pública sempre responde objetivamente pelos danos causados pelos seus agentes. Embora haja controvérsias a respeito, entendemos que no caso de atos omissivos aplica-se a teoria da culpa administrativa (ou culpa anônima), em que o particular, para ser indenizado, tem que provar apenas o não funcionamento ou o funcionamento inadequado do serviço público.

Dessa forma, enquanto na administração pública a responsabilidade subjetiva (que exige uma análise do dolo ou culpa) é exceção, a responsabilidade objetiva será a regra. Ou seja, para que o estado seja responsabilizado basta tão somente que fique configurado: conduta do agente público, o dano causado e o liame entre esses dois elementos (o nexo causal) – além de não estar configurada nenhuma das hipóteses de excludente de responsabilidade estatal.

Em síntese, costuma-se notar uma responsabilidade subjetiva do estado nos em casos em que haja fenômenos da natureza, atos de multidão e condutas omissivas do estado – temas que serão objetos de aprofundamento em capítulo subsequente.

### 3.6 RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS E JUDICIAIS

No que diz respeito aos atos administrativos, a responsabilidade é objetiva, conforme exposto anteriormente. Por outro lado, no que diz respeito aos atos judiciais e legislativos, o erário público só será responsabilizado quando ficar demonstrado a maneira lesiva e ilegítima que agiu.

Isso ocorre, por exemplo, porque há uma distinção entre servidores públicos (servidor estrito senso, empregados públicos e particulares em colaboração) e os agente políticos – estes, são membros do poder do estado.

Quando se fala em poder legislativo, isto é, nos políticos em exercício da atividade típica (legislar), como a norma é de caráter geral e abstrata, atuando sobre todos a mando do estado, dificilmente (mas não impossível) poderá surgir casos que demandem um prejuízo aos particulares.

Sendo assim, excepcionalmente haverá uma lei que possa ferir um particular (ou grupo) de maneira injusta, gerando, pois, o direito a compensação. Assim leciona Hely Lopes (2017, pág. 789):

Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional. O que o STF já admitiu (RDA 189/305 e 1911175) foi a responsabilização da Administração por ato baseado em decreto posteriormente julgado inconstitucional. Mas decreto, embora com efeitos normativos, não é lei, como erroneamente está dito na ementa deste julgado.

Outrossim, quando o poder judiciário está no exercício de sua atividade típica (proferindo sentença), em exceção operará o instituto da responsabilidade civil quando estivermos diante do inciso LXXV, do art. 5º da Constituição Federal: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Diante disso, o STF vem entendendo, como regra, que ainda que existam casos em que haja erro judiciário, não pode o judiciário ser responsável civilmente quando sua sentença está devidamente fundamentada e obedece a todos pressupostos processuais, ficando, pois, o juiz responsável pela reparação do dano (em ação regressiva) apenas em casos excepcionais, conforme dispõe Meirelles (2017, pág. 790):

Nos demais casos, tem prevalecido no STF o entendimento de que ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam. Ficará, entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício.

### 3.7 REPARAÇÃO DO DANO

Quando a administração reconhece sua responsabilidade e as partes chegam ao valor do dano, pode-se reparar o ilícito de forma administrativa, do contrário, haverá a necessidade de se propor uma ação judicial pleiteando a indenização. Leciona Di Pietro (2016, pág. 811):

A reparação de danos de danos causados a terceiros pode ser feita no âmbito administrativo, desde que a administração reconheça desde logo sua responsabilidade. Caso contrário, o prejudicado deverá propor ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano.



Pela regra, quem irá responder por essa reparação é a pessoa jurídica que está ligada ao agente causador do dano (art. 37 §6º da CF/88). Essa, por sua vez, tem o direito de em determinados casos ajuizar ação regressiva contra o servidor. Por exemplo, dispõe o estatuto dos servidores públicos civis federais que (lei 8112/90, art. 122 §2º): tratando-se de danos causados a terceiros, responderá o servidor perante a fazenda pública, em ação regressiva.

Dessa forma, tem-se que ter em mente que, em primeiro lugar, toda vez que ocorrer um dano injusto, busca-se uma indenização, que nada mais é que uma compensação pelos prejuízos suportados pelo lesado, aplicando sobre esse montante o que o lesado efetivamente perdeu e, inclusive, o que deixou de ganhar. Segundo Carvalho Filho (2017, pág. 386):

A indenização devida ao lesado deve ser a mais ampla possível, de modo que seja corretamente reconstituído seu patrimônio ofendido pelo ato lesivo. Deve equivaler ao que o prejudicado perdeu, incluindo-se aí as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou de ganhar. Quando for o caso, devem ser acrescidos ao montante indenizatório os juros de mora e a atualização monetária.

Em segundo lugar, deve-se prestar atenção ao meio em que essa reparação será realizada, atualmente, existem dois: o meio administrativo e o judicial.

Em síntese, pela via administrativa, o lesado buscará a administração para abertura de um processo administrativo, haverá a manifestação dos interessados e, inclusive, a produção das provas. Se ao final a administração reconhecer sua culpa (em sentido amplo), isto é, que não operou no caso concreto nenhuma situação de excludente de responsabilidade e que o estado realmente deve responder objetivamente, bem como se chegou a um acordo acerca do montante da indenização, estar-se-á diante de uma solução administrativa para compensar o ilícito praticado.

Por outro lado, não havendo essa possibilidade, haverá a propositura de uma ação judicial (que seguirá as regras do rito comum, art. 318 e seguintes do CPC), e a depender do valor pleiteado, poderá ser ajuizada em juizados especiais federais e até mesmo nos da fazenda pública.

Um terceiro ponto importante a ser observado é o instituto da prescrição. Assim, quando o lesado sofre de um mal ilícito o mesmo não poder ficar inerte frente a esse direito, pois corre o risco de ver o mesmo ser alcançado pelo instituto da prescrição que, em regra, conta-se 5 (cinco) anos do fato danoso.

Outro ponto a ser observado é o sujeito passivo, isto é, quem será responsabilizado pela indenização devida. Primeiramente, já é teoria firmada que a pessoa jurídica ao qual o agente é ligado responderá pelo dano, havendo, contudo, dúvida acerca da responsabilização pessoal do próprio agente causador do dano. Embora alguns autores, como Carvalho Filho, defendam que o fato da administração ser a responsável direta, o dispositivo do art. 37 §6º da atual constituição não blinda o agente causador de responder pelo dano, isto é, que poderia o lesado entrar com uma ação pleiteando a reparação tanto contra o estado como contra o agente causador, leciona Carvalho Filho (2017, pág. 388):

Sendo assim, tanto pode o lesado propor a ação contra a pessoa jurídica, como contra o agente estatal responsável pelo fato danoso, embora seja forçoso reconhecer que a Fazenda Pública sempre poderá oferecer maior segurança ao lesado para o recebimento de sua indenização.

O Supremo há algum tempo já vem decidindo diferente, entendendo que quem deve figurar no polo passivo da ação é tão somente a administração, embora isso não isente o agente causador do dano de posteriormente responder pelo mesmo em uma eventual ação regressiva – assim dispôs STF através de seu informativo nº 263 de 2002.

Por fim, ainda deve ser observada a figura da denunciação à lide. A grande questão a ser respondida neste tema é se a pessoa jurídica responsável (que é réu no processo) poderá denunciar à lide seu servidor (o agente que causou o dano).

Em síntese, a resposta mais acertada é que não. O primeiro fundamento é que a denunciação à lide prevista no código de processo civil não deve ser aplicada ao instituto da responsabilidade civil estatal, haja vista que esse instituto encontra fundamento na própria constituição (art. 37 §6º), e não no código de processo civil, além disso, para o estado frente ao particular (lesado) aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva, enquanto que na relação do estado-servidor utiliza-se a ação regressiva com a análise do instituto da culpa (responsabilidade subjetiva). Outrossim, seria danoso ao lesado aguardar o desfecho da denunciação à lide feita pelo estado (que passaria pela análise dos elementos dolo ou culpa), quando a própria constituição conferiu ao particular o instituto da reparação aplicando a teoria do risco administrativo, isto é, da responsabilidade objetiva – que independe da análise do dolo ou da culpa. Sendo assim, conclui-se que não se deve operar a denunciação à lide

dentro do instituto da responsabilidade civil do estado, leciona Carvalho Filho (2017, pág. 388):

O primeiro fundamento consiste em que tais disposições do CPC concernem ao regime de responsabilidade civil no campo privado, mas não à responsabilidade civil do Estado, que tem previsão própria na Constituição (art. 37, § 6º). A relação entre o lesado e o Estado escora-se na responsabilidade objetiva, ao passo que o vínculo regressivo entre o Estado e seu agente funda-se na responsabilidade subjetiva. São, portanto, diversos os elementos da causa de pedir relativamente às pretensões do lesado (originária) e do Estado (regressiva).

### 3.8 AÇÃO REGRESSIVA

Após a relação indivíduo lesado e indenização prestada pelo estado, vem a fase do ente público verificar se o agente público desempenhou suas funções como dolo ou culpa, haja vista que, se assim o fez, deverá o estado cobrar indenização a título de ressarcimento. Observe, contudo, que são duas relações jurídicas diversas: o estado com o particular lesado (responsabilidade objetiva), e o estado com o agente público causador do dano (ação regressiva de caráter subjetivo).

Da mesma forma em que ocorre com a relação entre o estado e o particular, na ação regressiva, o agente público, no caso concreto, pode concordar que agiu com dolo ou culpa e ressarcir o estado na esfera administrativa, autorizando, por exemplo, um desconto em folha do seu contracheque a fim de quitar o débito com a administração – por exemplo, parcelando a dívida. Contudo, caso haja algum conflito, o estado buscará seu ressarcimento na esfera judicial, através de uma ação de indenização pelo rito comum.

Ensina Hely Lopes (2016, pág. 792):

A ação regressiva da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo §6 do art. 37 da CF como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso.

Nessa etapa, portanto, o interesse de agir (em ver o erário ressarcido) é da fazenda pública do ente ao qual o agente está ligado. Majoritariamente, os doutrinadores defendem que esse interesse surge a partir do momento em que o

estado indeniza o particular e, portanto, sofre o prejuízo, assim dispõe Carvalho Filho (2017, pág. 389):

Este só deve surgir quando o Estado já tiver pago a indenização ao lesado; nesse momento é que o erário sofreu o prejuízo e, em consequência, somente a partir daí é que pode se habilitar ao exercício de seu direito de regresso contra o agente.

Por fim, precisa-se responder ao último quesito dentro do instituto da ação regressiva: qual prazo que o estado tem para buscar sua indenização. E a resposta vem disciplinada no art. 37 §5º da CF/88: A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Dessa forma, deve ser compreendido que o texto constitucional admitiu dois tipos de prescrição nesse instituto. Primeiro, a prescrição que diz respeito aos campos penais e administrativos que derivam da conduta ilícita do agente público. Neste, a lei disciplinará o prazo para que a administração possa responsabilizar o agente, sob pena de prescrição. Por outro lado, existem as chamadas ações de ressarcimento (cível), para estas, conforme expressa disposição constitucional, as ações de ressarcimento são imprescritíveis – parte final do artigo supracitado.

Por fim, tem-se que ter em mente que a responsabilidade civil do estado pode “operar” em duas grandes frentes: diante de ações (condutas comissivas) ou omissões (condutas omissivas). Logo, tem-se que restringir ainda mais o tema da responsabilidade a fim de analisá-lo com a seguinte perspectiva: qual o papel que o Estado deve ter, em termos de responsabilidade civil, quando se está diante de omissões do poder público estatal.

## 4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS DE SEUS AGENTES

### 4.1 DISTINÇÃO ENTRE CONDUTA COMISSIVA E OMISSIVA

O estado poderá ser responsabilizado perante a sociedade através do instituto da responsabilidade civil. Assim, toda vez que haja uma conduta (ação ou falta de ação) por parte de seus agentes na persecução das políticas públicas, poderão ocorrer danos aos usufrutuários (ou não) dos serviços públicos, gerando, pois, o dever de reparação. Dessa forma, deve-se entender a ação conforme leciona Diniz (2009, pág. 40):

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem.

Ou seja, haverá duas formas de o estado ser responsabilizado. Primeiro, em decorrência de uma atuação (comissão) em que há uma falha na prestação do serviço por parte de seus agentes, causando mal ilícito a outrem. É a responsabilidade caracterizada por uma conduta positiva do estado.

A segunda forma de responsabilidade estatal decorre de uma omissão, isto é, uma conduta de caráter negativo, a falta de uma prestação por parte do estado, uma negligência estatal – ou seja, embora o mesmo não participe do evento danoso, tinha a obrigação de evitar, e não o fez. Segundo Diniz (2010, pág. 429):

Omissão: Abstenção de um ato ou de cumprir um dever legal; não realização da conduta exigida pela lei, sem a qual o resultado não teria ocorrido, gerando responsabilidade; aquilo que omitiu; ato o efeito de omitir, causando dano moral ou patrimonial, gera responsabilidade civil.

Diante o exposto, contudo, nem sempre quando a conduta do estado é caracterizada pela omissão surgirá o dever de indenizar. A culpa que será responsabilidade estatal é o do descumprimento do dever legal. Ensina Carvalho Filho (2005, pág. 436):

Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerado por conduta culposa ou não, e quando for omissiva, o Estado será omissor diante de dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

Nessa ideia, percebe-se que a conduta omissiva está intimamente relacionada com o princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF/88), entendido como o princípio norteador da atividade estatal e de seus agentes.

Dessa forma, na conduta negativa (omissiva), existirá o dever legal (previsto em lei) para os agentes do estado agirem. Ocorre que na falta deste, o estado estará cometendo um ato ilícito, podendo ser responsabilizado, gerando, pois, o dever de indenizar.

#### 4.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Conforme já exposto, a responsabilidade civil do estado deriva das disposições expressamente previstas na constituição, em especial o art. 37 §6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, conforme defendem alguns doutrinadores, seria impróprio que o estado não fosse responsabilizado quando, ao invés de uma ação, houvesse uma omissão estatal, atribuindo-se, pois, em toda falta do agente público uma responsabilidade subjetiva – em detrimento da regra geral, responsabilidade objetiva.

Ademais, não somente na constituição, mas inclusive no próprio código de defesa do consumidor haverá a responsabilidade objetiva, reconhecendo o lesado (que costumeiramente é um particular), como a parte mais vulnerável da relação na prestação de serviços públicos – possibilitando, inclusive, a inversão do ônus da prova.

Percebe-se, portanto, que o antes era regra no código civil de 1916 (responsabilidade subjetiva), passou por uma modificação na atual constituição de 1988, que, por tabela, influenciou na modificação do atual código civil de 2002, que adota a teoria da responsabilidade objetiva para a administração, sendo quase uma cópia da carta magna em seu art. 43:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros,

ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Dessa forma, do trecho em que a constituição menciona "... pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros...", não se pode distinguir que apenas as condutas comissivas estão abarcadas, porque se assim o fosse, estar-se-ia introduzindo uma interpretação diferente - que a constituição não o fez.

Sabe-se que o aplicador do direito não deve observar apenas o texto explícito da lei, contudo, se ao invés de interpretar a norma abrangendo como objetiva a responsabilidade estatal diante das condutas omissivas e comissivas (como regra), estivessem adotando a teoria subjetiva nas responsabilidades por atos omissivos, estar-se-ia diante de um pleno retrocesso - segundo toda a evolução histórica já demonstrada nos primeiros capítulos sobre o tema.

Por outro lado, observa-se que a teoria da culpa, da responsabilidade subjetiva, não foi abandonada pela administração. Contudo, a mesma possui um caráter de exceção. Entende-se, portanto, que a regra em nosso ordenamento é o da responsabilidade objetiva. Isso ocorre inclusive nos casos de atos omissivos, pois, embora o estado não seja o causador direto do dano, o poder público, através da omissão, propicia situações para que o ato lesivo venha a ocorrer. Segundo Celso Antônio (2007, pág. 991):

Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.

#### 4.3 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS

Primeiramente, deve-se ter em mente quais os ensinamentos que a doutrina apresenta diante da responsabilidade objetiva que detém o estado, acerca da responsabilidade civil, diante das condutas omissivas de seus agentes. Num segundo momento, diante dessas mesmas condutas (omissivas), será analisado quando é que o estado será responsabilizado subjetivamente.

Conforme já anteriormente exposto, o estado segue a teoria do risco administrativo, responsabilidade objetiva, isto é, no art. 37 §6ª da constituição federal estão englobadas tanto as condutas comissivas quanto as omissivas. Com relação às condutas comissivas, é cediço que o estado responde objetivamente diante dos atos lesivos praticados. Por outro lado, com relação às condutas omissivas, há uma dicotomia em relação a tais atos.

Isso ocorre porque, segundo Cavalieri, a omissão do estado pode se dar de duas formas: omissão específica ou omissão genérica. Variando, pois, a aplicação da responsabilidade objetiva ou subjetiva. Leciona Cavalieri (2014, pág. 298):

A omissão específica é aplicada quando o Estado tem o dever de agir como guardião (garante) e por sua omissão cria uma situação que acaba acarretando um evento danoso em que o Estado tinha o dever legal de impedi-lo. Essa espécie de omissão pressupõe um especial dever do Estado de agir, que, se mesmo assim não o faz é a causa direta e imediata de não impedir o resultado.

Dessa forma, entende-se que nos casos em que haja uma omissão, nos casos em que o estado estava obrigado a tomar uma ação, haverá uma falta específica no dever de agir, gerando, pois, uma responsabilidade objetiva estatal – isto é, prescindindo a ideia de culpa.

Outrossim, ainda existe em nosso ordenamento a responsabilidade subjetiva estatal, esta se opera nos casos em que haja uma omissão genérica do estado, nas situações em que não se pode exigir do estado uma atuação específica. Como exemplo, Cavalieri cita o caso em que o estado, através de seu poder de polícia, deixa de fiscalizar determinado estabelecimento e, por conta disso, concorre para um resultado lesivo – gerando, pois, a responsabilidade subjetiva. Segundo Cavaliere (2014, p. 298):

Em síntese, na omissão específica o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público; na omissão genérica, o comportamento omissivo do Estado só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano juntamente com a força maior (fatos da natureza), fato de terceiro ou da própria vítima.

Diante do exposto, percebe-se que o estado costumeiramente é responsabilizado pela culpa quando se trata de responsabilidade por condutas omissivas, isto é, que haverá casos que o estado será omissos especificadamente (respondendo objetivamente) e em outros será uma omissão genérica (respondendo subjetivamente). Nessa ideia, Carvalho Filho apresenta outro exemplo de omissão



específica gerando a responsabilidade objetiva estatal (2017, pág. 380), que é o caso de descumprimento de ordem judicial:

Uma das hipóteses que, sem qualquer dúvida, evidenciam culpa em conduta omissiva da Administração é a que resulta de descumprimento de ordem judicial. Na verdade, nem deveria ocorrer essa omissão, mas infelizmente aqui e ali alguns administradores relutam em atender a determinações judiciais. Quando não a descumprem, retardam o seu cumprimento, o que também revela omissão quanto a dever concreto de agir. Nesses casos, o lesado tem direito a ser indenizado pela Administração omissa.

Por fim, necessário se faz uma observação acerca da omissão estatal. É cediço que em várias demandas da sociedade o estado não está presente (saúde, educação, moradia, etc.), contudo, essa ineficiência do poder público em atender aos anseios da sociedade deve ser analisada com cautela, haja vista que nem sempre o estado conta com recursos financeiros suficientes para tudo. Assim, por mais indignado que o cidadão esteja, é preciso perceber que a responsabilidade por essas políticas públicas (ou a falta delas) não enseja a reparação civil estatal, mas sim a responsabilização de seus dirigentes.

Quando se fala em responsabilidade do estado, deve-se se ter em mente que: o estado só deve ser responsabilizado, ainda que diante das condutas omissivas, quando existir um nexo de causalidade entre a atuação estatal (ou, nesse caso, a falta dessa atuação prevista em lei) e o dano causado. Segundo Carvalho Filho (2017, pág. 381):

Por força desses aspectos, vemos com profunda preocupação decisões judiciais que atribuem responsabilidade civil do Estado por omissão, sem que esta tenha nexo direto de causalidade com o resultado, ou seja, omissões genéricas decorrentes das carências existentes em todas as sociedades.

Portanto, segundo Fernanda Marinela, o estado deve ser responsabilizado quando se fala em condutas omissivas se de alguma forma tiver culpa no ilícito ocorrido. Leciona Marinela (2015, pág. 964):

A teoria subjetiva, conforme apresentada no início do capítulo, conta com quatro elementos definidores: o comportamento estatal, nesse caso omissivo, o dano, o nexo de causalidade entre a omissão e o dano e a culpa ou dolo. Além desses elementos básicos, orienta-se ainda o cumprimento de outros aspectos fundamentais para que o Estado seja condenado à indenização, para evitar a punição exagerada e desproporcional do ente. Vale observar que a punição pela ausência do Poder Público deve ser ponderada frente à possibilidade de impedir o dano, além da compatibilidade com os padrões possíveis do serviço frente às dificuldades orçamentárias insuperáveis para o Estado. O fato é que o Estado não pode ser responsável pelas faltas do mundo, não pode ser tratado como anjo da guarda ou salvador universal, por isso os limites são necessários.

Outro ponto importante, é o fato de que existem doutrinadores renomados que se filiam a tese de que: havendo responsabilidade por omissão a mesma terá caráter subjetivo, isto é, caberá ao lesado demonstrar o dolo ou a culpa do agente público, haja vista que a responsabilidade nesses casos é a da teoria da culpa anônima do serviço, é o caso da professora Di Pietro (2016, pág. 801):

A responsabilidade, nos casos de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público, ou culpa anônima do serviço público. Segundo essa teoria, o estado responde desde que o serviço público não funcione, quando deveria funcionar ou funcione atrasado ou funcione mal. Pode-se mencionar, entre outros, que adotam essa teoria José Cretella Júnior (1970, pág. 210), Youssef Said (1995, pág. 282), Oswaldo Aranha Bandeira Melo (1979, pág. 487). É a corrente a que também me filio. A maioria da doutrina, contudo, parece pender para a teoria da responsabilidade objetiva do estado, em casos de sua omissão.

Para a autora supracitada, o estado, diante das condutas omissivas, não só deveria ser responsabilizado quando ficasse configurado o dever de agir, mas também a possibilidade de agir. Ou seja, há diversas situações (fenômenos da natureza, atos de multidão e afins) que só poderiam responsabilizar a administração quando pudesse dela ser exigido o dever de agir, analisando-se o caso concreto, haja vista que de acordo com o princípio da reserva do possível e da razoabilidade, nem sempre será possível exigir do estado uma conduta para impedir determinado dano (ainda que o estado tenha o dever de evitar os danos), sendo, portanto, inaplicável o instituto da responsabilidade nesses casos. Em síntese, defende Di Pietro (2016, pag. 802):

Por outras palavras, enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos e ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do estado.

Nessa mesma linha defendem os autores Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, pág. 364):

Por exemplo, no caso dos protestos violentos ocorridos em razão do aumento de passagens de ônibus, se o Poder Público tomar todas as cautelas devidas, colocando todo seu efetivo policial na rua e mesmo assim não conseguir evitar depredações e saques a estabelecimentos comerciais, o Estado não poderá ser responsabilizado. Em sentido contrário, caso a Administração Pública, tendo conhecimento antecipado de que vai haver uma manifestação de integrantes do movimento Black Bloc, conhecidos por seus históricos de violência, permanece inerte, não tomando qualquer medida para prevenir os eventuais e quase certos abusos à liberdade de manifestação, é possível a responsabilização civil do ente estatal em razão da sua omissão culposa.

Percebe-se, no caso em tela, que o estado se fez presente no primeiro exemplo, portanto, apesar de sua omissão em relação a algumas depredações (haja vista que o estado não detém meios materiais suficientes para ocupar cada centímetro

da manifestação), o mesmo não deve ser responsabilizado. Por outro lado, no segundo exemplo, houve uma omissão específica da atuação estatal, haja vista que a atuação do mesmo era exigida pela sociedade, e mesmo assim não se fez presente, gerando, pois, o dever de responsabilidade.

#### 4.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS

A ideia neste item e nos subsequentes é apresentar qual a visão das cortes superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, acerca do instituto da responsabilidade civil do estado, diante das condutas omissivas de seus agentes.

A melhor maneira, pois, de apresentar o tema, é analisa-lo através de diversos casos concretos, ou seja, compreender como vêm se posicionando os tribunais superiores a respeito do tema.

##### 4.4.1 No Supremo Tribunal Federal

O primeiro caso a ser analisado na jurisprudência do supremo é a situação da responsabilidade estatal em caso de morte de detento dentro da unidade prisional, isto é, que através de uma omissão de seus agentes, um presidiário, por exemplo, veio a falecer. Esse julgado foi ao plenário do Supremo em 30/03/2016 e teve como relator o ministro Luiz Fux - RE 841526/RS-, que, ademais, desagouou no informativo nº 819 do STF.

O que se questionava à época era se o estado deveria ser responsável por essa morte que ocorrera dentro de uma unidade prisional. Em decisão, o ministro argumentou que sim, haja vista que a constituição federal (1988), em seu art. 5º, inciso XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Ou seja, como havia um dever legal específico de proteção que o estado, através de sua omissão, falhou em proporcionar, deverá ser aplicado a teoria do risco administrativo, responsabilidade objetiva do estado. Nas palavras de Luiz Fux (informativo 819 STF):

Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento. Se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do Estado. STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016 (repercussão geral) (Info 819).

Percebe-se que o ministro, além da causa específica, ainda fez referência ao dever que o estado tem quando a morte do detento deriva do suicídio. Nesse segundo caso, contudo, há que se fazer uma distinção, isto é, deve-se analisar se o estado realmente demonstrou através da omissão que teve nexos causal com a morte do preso – haja vista que nem sempre que ocorre um suicídio, é dever do estado indenizar.

Nesse sentido há um julgado em 2012, que teve como relator o Ministro Gilmar, em que se analisava justamente essa questão:

A partir do momento em que o indivíduo é detido, este é posto sob a guarda, proteção e vigilância das autoridades policiais, que têm por dever legal, nos termos do art. 5º, XLIX, da CF, tomar medidas que garantam a incolumidade física daquele, que por ato próprio preso (suicídio), que por ato de terceiro (agressão perpetrado por outro preso). Restando devidamente demonstrado nos autos que o resultado danoso decorreu de conduta omissa do estado ao faltar com seu dever de vigilância do detento, o qual foi encarcerado alcoolizado e, posteriormente, encontrado morto no interior da cela, configurada está a responsabilidade do ente público em arcar com os danos causados. STF. 2ª Turma. ARE 700927 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/08/2012.

Percebe-se a diferença entre a responsabilidade estatal objetiva ou subjetiva diante das condutas omissivas, quando o ministro segue na sua fala com um exemplo:

Se o detento que praticou o suicídio já vinha apresentando indícios de que poderia agir assim, então, neste caso, o Estado deverá ser condenado a indenizar seus familiares. Isso porque o evento era previsível e o Poder Público deveria ter adotado medidas para evitar que acontecesse. Por outro lado, se o preso nunca havia demonstrado anteriormente que poderia praticar esta conduta, de forma que o suicídio foi um ato completamente repentino e imprevisível, neste caso o Estado não será responsabilizado porque não houve qualquer omissão atribuível ao Poder Público. STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016 (repercussão geral) (Info 819).

Observa-se, portanto, que diante das condutas omissivas, o estado tanto pode ser responsabilizado objetiva como subjetivamente, a depender do caso concreto, a fim de se verificar se o mesmo se omitiu diante de um dever legal específico de agir.

Outro caso emblemático sobre o tema é o do RE 109.615, uma ação de indenização proposta por uma vítima (estudante) que havia sofrido uma lesão na qual resultou deformidade permanente (ocorreu a perda total de um dos globos oculares).

O TJRJ reconheceu a responsabilidade civil do município em que a escola se situava, condenando-o, pois, a indenizar a vítima. Diante desse cenário o município recorreu alegando que o dano foi causado por um colega de classe, inexistindo nexos causal entre o dever do estado, a conduta e a lesão sofrida.

O ministro Celso de Melo, contudo, não compactuou com a linha de raciocínio da procuradoria municipal argumentando que:

A situação de fato que gerou o evento imputado ao Município do Rio de Janeiro/RJ põe em evidência todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento constitucional da responsabilidade civil objetiva dessa pessoa jurídica de direito público, eis que a vítima, com apenas 10 anos de idade, na condição de aluna de Escola pública, achava-se, no momento do fato, sob os cuidados, a vigilância e fiscalização do Poder Público, em estabelecimento escolar oficial mantido e administrado pelo próprio Município, que foi incapaz de impedir a consumação de evento danoso gravíssimo, consistente na perda total do globo ocular direito, com deformidade traumática permanente, causada por outra menor impúbere que também estudava na mesma unidade de ensino fundamental.

Em seu voto o ministro ainda destacou que a responsabilidade do estado diante das condutas comissivas e omissivas é em regra objetiva e que todos os pressupostos da responsabilidade - a alteridade do dano, a causalidade material, a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal – estavam presentes. Enunciou o ministro:

O nexo de causalidade material restou plenamente configurado em face do comportamento omissivo em que incidiu o agente do Poder Público (funcionário escolar), que se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação estava a exigir. Na realidade, conta dos autos que, por incompreensível omissão administrativa, não só deixou de ser solicitado e prestado imediato socorro médico à vítima, mas, também, absteve-se a própria administração escolar de notificar os pais da aluna atingida, com a urgência que o caso requeria. (RE 109.615 – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello).

Outrossim, importante destacar que os demais ministros da primeira turma, à época, seguiram o voto do ministro relator.

Por outro lado, em outra oportunidade em que um caso semelhante teve como relator o ministro Marco Aurélio (julgado em 15.04.1996 e veiculado no DJ de 18.10.1996 p. 39859, a 2ª Turma do STF), o ministro entendeu diferente, admitindo nessas situações que caberia a demonstração de dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva) quando se tratasse do instituto de responsabilidade civil estatal por omissão. Nas palavras Marco Aurélio:

A corte de origem classificou o ato como omissivo, razão pela qual atribuiu à recorrente o ônus da prova no tocando ao dolo ou à culpa do Estado. Realmente, em se tratando de procedimento omissivo atribuído ao Estado, a doutrina reclama a demonstração de dolo ou culpa. (RE 140270-9 MG, segunda turma STF).

O que se pode perceber, portanto, é que o STF, hodiernamente, vem adotando a teoria da responsabilidade civil objetiva nas situações em que há condutas omissivas do estado. Contudo, esse entendimento não é pacífico na referida corte, haja vista as diversas formas de omissão no caso concreto - que reclamam a análise de uma falta específica em lei para configurar a responsabilidade. Além disso, ainda há aqueles que entendem ser subjetivo o dever de indenização estatal na maioria dos casos em que haja omissão – como foi o caso do ministro Marco Aurélio.

#### **4.4.2 No Superior Tribunal De Justiça**

Enquanto que no Supremo a regra era a da responsabilidade civil estatal ser objetiva, nos casos em que houvesse omissão por parte do poder público, no STJ o instituto muda de figura, passando a ser adotado, como regra, a uniformidade da teoria subjetiva nessas situações de omissão.

Como primeiro exemplo, cita-se o caso da aluna do curso de odontologia da UFCE que ajuizou ação de indenização em face do Estado haja vista os danos morais e materiais sofridos em decorrência de um acidente ocorrido durante uma aula prática que foi realizada dentro da instituição, em síntese, um dos instrumentos que a mesma utilizava durante a aula acabou se partindo, perfurando seu rosto e causando debilidade visual.

Nessa situação, o juiz de primeiro grau acabou julgando procedente o pedido em detrimento da Universidade. O que foi confirmado posteriormente pelo TRF 5. Entendiam os dois pela responsabilidade objetiva do estado. Contudo, quando a universidade interpôs o recurso especial a situação continuou, mas pela fundamentação diferente. Na visão do ministro relator (João Otávio de Noronha), ficou caracterizado que se tratava de uma conduta omissiva estatal, razão pela qual deveria ser observada a responsabilidade civil segundo a teoria subjetiva. Como entendeu dessa forma, conheceu parcialmente o recurso interposto pela universidade (posição que foi seguida pelos demais ministros), assim dispôs o acórdão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. UNIVERSIDADE FEDERAL. ACIDENTE COM ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO DURANTE AULA PRÁTICA. PERDA DA FUNÇÃO VISUAL DO OLHO ESQUERDO. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NEGLIGÊNCIA DEMONSTRADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

1. Há responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, na hipótese de acidente causado por sua negligência em exigir, bem como em fiscalizar, a utilização por aluno universitário de equipamento de segurança necessário à participação em determinada aula prática.

2. Não merece conhecimento o recurso pela alínea c do permissivo constitucional diante da ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os arestos apontados como paradigmas.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp. 637.246 – 2ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 28.0.2006 – DJ 09.05.2006 p. 202).

Outro exemplo dessa linha de entendimento é o caso do RE 716.250. Nesse exemplo, houve uma colisão entre veículos em decorrência de um sinal (semáforo) estar sem funcionar e o outro verde, acabaram, pois, dois carros colidindo.

Nessa situação, o relator do caso (ministro Franciulli Neto) entendeu que a teoria a ser adotada pelo mau funcionamento do serviço público era a teoria subjetiva, haja vista que a prestação do serviço foi tardia, deficiente ou insuficiente. Dessa forma, o município foi condenado (houve parcial provimento do recurso) ao pagamento de danos materiais ao particular que havia sofrido o dano, haja vista que o ente público não cuidou em sinalizar o local dispondo que um dos semáforos estava inoperante. O acórdão, pois, ficou com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA DEMONSTRADA NA ESPÉCIE. ACIDENTE DE VEÍCULOS EM CRUZAMENTO. SEMÁFORO DEFEITUOSO. CULPA CONCORRENTE DO MUNICÍPIO E DO MOTORISTA QUE TRAFEGAVA NA VIA EM QUE O SINAL ESTAVA INOPERANTE. AUSÊNCIA DE CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE TRANSITAVA PELA RUA EM QUE O SEMÁFORO ESTAVA VERDE.

Tem legitimidade ativa ad causam para o pleito o motorista que se achava ao volante do veículo quando do evento e padeceu o prejuízo dele advindo, pois detém a posse do veículo e pode responsabilizar-se perante o proprietário (AGA 556.138/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 5.4.2004). No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, ou seja, pelo não funcionamento do serviço, ou seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Na espécie, a colisão entre os veículos, ocorrida no cruzamento entre duas ruas, deveu-se ao fato de que um dos semáforos do cruzamento estava verde e o outro, inoperante; ausente qualquer sinalização sobre o defeito no semáforo. Assim, como bem enfatizou a Corte de origem, evidente a responsabilidade do Município pelo dever de conservar a sinaleira em regular estado de funcionamento. No caso dos autos, deveria ter

providenciado alguma indicação do defeito que tornou inoperante o semáforo, porquanto há notícia de que dois outros acidentes ocorreram no mesmo local, fato que não é impugnado na contestação (fl. 122). In casu, portanto, restou caracterizada a culpa do Município recorrido ao não ter colocado sinalização evidenciando que naquele cruzamento um dos semáforos não estava acionado. Não se deve deixar de considerar, contudo, que o recorrente Jorge Luiz Lourenço deveria ter sido atento ao cruzar a rua, uma vez que o sinal não estava operante e naquele local não há vias preferenciais devido à existência dos dois sinais. Dessa forma, quanto a esse recorrente, deve ser mantido o raciocínio da Corte Estadual de que há concorrência de culpas: a do motorista por atravessar o cruzamento simplesmente ignorando a ausência da sinalização que ali deveria existir, a da Municipalidade em decorrência de omissão que permitiu e contribuiu para um tal proceder (fl. 123). Fincado nessa premissa, cumpre dar provimento in totum ao recurso no que concerne ao pedido de danos materiais de Anilto Klein de Oliveira, uma vez que quando do acidente trafegava na via em que o semáforo estava verde, não lhe sendo cobrado qualquer dever de diligência quanto ao provável surgimento de veículos provenientes das outras ruas. Recurso especial provido em parte, para condenar o Município de Canoas/RS ao pagamento de danos materiais a Anilto Klein de Oliveira, no valor do menor orçamento juntado aos autos. (Resp 716.250 – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto – j. 21.06.2005 – DJ 12.09.2005, RIP 34/132).

Por fim, outro exemplo que fica ainda mais expresso a adoção da teoria subjetiva pelo STJ foi o AgRg no REsp 1345620/RS. Nesse caso, discutia-se um atraso no pagamento de determinado precatório, situação em que, segundo os defensores, estava caracterizando um ato atentatório (através da omissão estatal) à dignidade da justiça. Nesse cenário, o STJ não vislumbrou dolo ou culpa da administração, situação na qual descaracterizou a responsabilidade da mesma, assim, a jurisprudência se firmou no seguinte entendimento:

A responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos (Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015).

Dessa forma, reitera-se a observação que: diferentemente do Supremo, o STJ entende que a regra sobre a teoria da responsabilidade a ser adotada nos casos omissivos é a subjetiva (culpa anônima), isto é, que o lesado deve comprovar que através do dolo ou culpa que a administração concorreu para o ato lesivo.

Por fim, diante da análise do instituto da responsabilidade civil no capítulo segundo, das características que o mesmo detém quando opera dentro do estado, presente no capítulo terceiro, e das peculiaridades que o mesmo possui quando se fala em condutas omissivas, no capítulo quarto, necessário se faz entender a que conclusões esta pesquisa chega ao somarmos todos os quatro pilares presentes nesta monografia, quais sejam: leis, doutrinas, decisões judiciais e dissertações da academia.



## 5. CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, pretende-se descrever as informações finais do mesmo, demonstrando, inclusive, os objetivos que advém da problemática do tema em questão. Além disso, cuida-se em demonstrar os principais resultados encontrados, bem como uma autocritica em relação ao tema.

Dessa forma, percebe-se que a administração pública, em síntese, opera segundo as normas do instituto da responsabilidade civil do estado, que é o dever que a administração tem de indenizar os danos (materiais, morais e até estéticos) que seus agentes, atuando nessa qualidade, causam a terceiros. Essa responsabilidade vem encartada no texto da atual Constituição Federal de 1988, em seu art. 37 §6º.

Quando se fala em responsabilidade civil pelo critério objetivo, fica fácil perceber que há uma conduta comissiva do estado lesando um particular, preenchendo, pois, os elementos da responsabilidade. A problemática, contudo, ocorre quando não há o agente estatal presente diretamente no ato lesivo, o que gera inúmeras controvérsias no meio jurídico, haja vista que, em primeiro plano, não se enxerga quem de fato deve se responsabilizar.

Outrossim, atente-se que não vem expressamente escrito que a responsabilidade civil estatal é de natureza objetiva. Contudo, a jurisprudência e a doutrina, de forma majoritária, entendem que: os quesitos de dolo e culpa apenas serão observados para as situações em que o agente público responda regressivamente perante o estado. Por outro lado, essa mesma exigência não é feita quanto ao dever que o estado tem de indenizar um terceiro eventualmente lesado – e isso ocorre porque adotamos como regra a responsabilidade objetiva do estado.

Além disso, apresentou-se três elementos que se deve observar para que o sujeito que sofreu um dano responsabilize a administração: uma conduta (praticada por alguém na qualidade de agente público), o dano (lesão suportado por terceiro) e o nexo de causalidade (o liame jurídico entre o dano e a conduta).

Nesse cenário, diversas teoria foram analisadas, chegando-se ao resultado de que não é em toda situação de dano que o estado terá o dever de indenizar,

havendo, pois, causas excludentes dessa responsabilidade já demonstrada – como a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

Se por um lado, para a teoria do risco administrativo, regra em nosso ordenamento, a responsabilidade do estado é objetiva – e o terceiro lesado não precisa comprovar dolo ou culpa- existindo apenas o cuidado de se verificar se existe algum caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros que venha a diminuir (ou até mesmo anular) a responsabilidade civil estatal; do outro, há a teoria do risco integral, adotada no direito brasileiro de forma excepcional, situação na qual o estado irá reparar o dano independentemente das causas excludentes de responsabilidade.

Com tudo isso exposto, contudo, percebe-se que a teoria subjetiva não foi abandonada em nosso ordenamento, pelo contrário, a mesma convive ao lado das teorias objetivas e a do risco integral. O tópico central, porém, gira em torno da responsabilidade do estado diante das condutas omissivas de seus agentes, isto é, objetivou-se responder à pergunta se nessa situação (das condutas omissivas) a responsabilidade estatal seria objetiva ou subjetiva – problemática enfrentada pela doutrina e pelas cortes superiores.

Em síntese, segundo a tradicional doutrina do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entende-se que a responsabilidade civil do estado em atos omissivos é de natureza subjetiva, adota-se, portanto, a teoria da culpa anônima (ou teoria da culpa administrativa). Portanto, nos casos em que um particular sofrer um dano praticado por um agente público, o mesmo deve comprovar quatro elementos: a omissão estatal, o dano, o nexo causal e o elemento da culpa administrativa – isto é, que o serviço não foi prestado, não funcionou, ou funcionou de forma ineficiente. Sendo esta posição (minoritária), apresentada como a regra geral em diversos manuais de direito, conforme exposto anteriormente.

Em sentido oposto opera o Supremo Tribunal Federal (STF) e a doutrina majoritária. Segundo o Supremo (e aqui se faz referência a sua atual jurisprudência), ultimamente tem ganhado força a teoria de que nas situações em que há uma omissão estatal, a responsabilidade, em regra, deve ser objetiva. Isso ocorre porque o art. 37 §6º (CF/88) não faz distinção entre a conduta (comissiva ou omissiva) em seu texto constitucional, não cabendo, pois, um intérprete fazer. Assim, se for demonstrado que

há um nexo causal entre o dano e a omissão, o estado deveria responder objetivamente.

Diante do exposto, penso que é mais oportuno filiar-me ao tratamento do STF sobre o tema, haja vista que o mesmo vai além da análise dos elementos da responsabilidade, chegando, pois, numa verificação do efetivo caso concreto. O supremo mais recentemente irá argumentar que como regra o Estado deverá responder objetivamente nas situações omissivas, contudo, não é em toda omissão – e é por isso que considero a posição do supremo mais “refinada” no tema, mais “acertada”. Há que se destacar se naquele ato omissivo que gerou dano ao particular o estado tinha o dever legal específico de agir para evitar o resultado, isto é, se o mesmo deixou de cumprir alguma obrigação legal (é a chamada omissão específica). O Estado, portanto, segundo o STF e boa parte dos doutrinadores (como Celso Antônio, por exemplo, ao qual me filio), só será responsabilizado objetivamente, nas suas omissões, se estas forem específicas – explica-se mais cuidadosamente a seguir.

O clássico exemplo que se tem para a situação narrada acima é o caso em que havia detentos sob a guarda do estado que vieram a óbito. Imagine, pois, que o primeiro detento estivesse doente, necessitando de tratamento médico. Nessa situação, se o estado, sabendo do caso, não presta a assistência devida, é um flagrante de sua falta, um flagrante de desrespeito às regras e de desumanidade. Assim, por sua omissão no dever de cuidado, um dos administrados acabou vindo a óbito – devendo, pois, o estado ser responsabilizado objetivamente, haja vista a omissão específica detectada. Por outro lado, se nesse mesmo presídio houvesse um outro detento preso nas melhores condições possíveis e, de repente, o mesmo fosse acometido por um mal súbito, vindo a óbito, o poder público não deverá ser responsabilizado objetivamente, pois não fica configurado que a omissão estatal foi a responsável pelo evento danoso – houve, portanto, uma omissão genérica, o que não quer dizer que o Estado eventualmente não possa responder e ser condenado, contudo, o instituto da responsabilidade que operará nessa omissão é o da responsabilidade subjetiva.

Diante da visão dos doutrinadores, e da diferenciação na jurisprudência do STJ e STF (ao qual me filio), caminhando-se para o final, percebe-se que houve uma conquista na responsabilidade civil estatal, sobretudo quando analisamos sua

evolução histórica, desde a irresponsabilidade civil, passando pela responsabilidade subjetiva e, enfim, chegando na responsabilidade objetiva. Assim, a ideia foi de assegurar o bem-estar e a justiça, sobretudo a social, dentro do estado de direito.

Diante toda essa evolução, percebe-se que o Estado vem, acertadamente, julgando como regra conforme a responsabilidade objetiva, isto é, com a melhor doutrina aplicável, haja vista que a mesma, ao meu ver, é muito mais benéfica para o particular, que não precisará comprovar o dolo ou culpa do agente público.

Por fim, observa-se que o presente trabalho não encerra o término do estudo, haja vista que embora tenhamos experimentado uma enorme evolução, ainda há algumas distinções nas linhas de raciocínio entre os operadores do direito, assim, o que se leva a crer que o tema da responsabilidade civil estatal por omissão permanece em constante evolução.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2017.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**: promulgado em 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei n. 13.105 (2015). **Código de Processo Civil**: promulgado em 16 de março de 2015.

BRASIL. Lei n. 8112 (1990). **Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União**: promulgado em 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 490**: É devida a condenação de banco ao pagamento de dano moral coletivo, em ação civil pública, pelo fato desta instituição financeira oferecer atendimento inadequado aos consumidores idosos, deficientes físicos e com dificuldade de locomoção. Disponível em: <[dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2014/12/info-490-stj.pdf](http://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2014/12/info-490-stj.pdf)>. Acessado em 03/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 513**: a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. Disponível em: <[docs.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqVjV0d2twVWJwYTA/edit](https://docs.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqVjV0d2twVWJwYTA/edit)>. Acessado em: 10/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 359**: Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição. Disponível em: <[stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_31\\_capSumula359.pdf](http://stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_31_capSumula359.pdf)>. Acessado em 22/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 397**: O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013\\_37\\_capSumula397.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_37_capSumula397.pdf)>. Acessado em 19/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 479**: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Disponível em: <[http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2409/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2409/Sumulas_e_enunciados)>. Acessado em: 19/01/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 819**: Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/04/info-819-tf1.pdf>>. Acessado em 20/01/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI, **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014  
MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva**. 125 f. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – Programa de Pós-graduação, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-104017/pt-br.php>>. Acessado em 22/12/2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Livro 4, responsabilidade civil. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Wilson Silva. **Responsabilidade sem culpa**. 2ª ed. São Paulo: Bernardo Alves, 1962.

SILVA, Joselito Edvaldo. **Responsabilidade objetiva do estado frente à poluição ambiental na barragem das marés**. 61 f. 2017. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade Federal da Paraíba – Departamento de Ciências Jurídicas, Paraíba. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11400>>. Acessado em: 26/01/2019.

SILVA, Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 27ª ed. São Paulo: Forense, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual do direito civil**. Volume único. 7ª ed. São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.